مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
شَرْحِ المُدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

تأليف

أبي الحسن عليّ بن سعيد الرجراجي

تقديم

فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لقم

اعتنى به

أبو الفضل الدّمياطي

أحمد بن عليّ

الجزء الخامس

مركز التراث الثقافي المغربي

دار ابن حزم

الطَّبعَة الأولىٰ

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ

وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ

فِي

شَرْحِ المُدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

(٥)


بسم الله الرحمن الرحيم

كتـاب التخيير والتمليك



كتابُ التخيير والتمليك

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى اللَّهُ على سيدنا محمدٍ وآله .

تحصيلُ مشكلات هذا الكتاب وجملتها ست مسائل :

المسألة الأولى

فى التخيير ، هل هو مباحٌ أو مكروهٌ ؟

وقد اختلف [المتأخرون] (١) **فى ذلك على قولين :**

أحدهما : أنَّ مكروهٌ ، لأنَّ ذلك يُؤدى إلى إيقاعِ الثلاث فى كلمة واحدة ، لنهى النبى ﷺ ، وإلى هذا ذهب بعضُ [البغداديين] (٢) .

[**والثانى** : أن التخيير مباح إذ ليس بنفس إيقاع الطلاق وإنما هو سبب له وإلى هذا ذهب بعض المتأخرين] (٣) .

وربَّما استدلَّ قائلَهُ بالآية فى أمرِ النبى ﷺ بالتخيير وفعلهُ . ولا دليل لهُ فيها ، إلا أنَّ الآية إنَّما اقتضت التخيير بين الدنيا والآخرة ، ثُمَّ [رجع](٤) الأمر بعد ذلك أنْ اخترنَّ الدنيا للنبى ﷺ فى أنْ يُمتِّع أو يُسرِّح ، وأنَّ السراح الجميل لا يقتضى البتات بلفظهِ .

فإذا ثبت ذلك : فإنَّ خيَّرها [فاختتات] (٥) ما الذى يلزمُ مِن ذلك ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المتاخرين أيضًا .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : رجوع .

(٥) فى أ : فما اختارت .

فالمذهب على ستة أقوال :

أحدها : أنَّ ذلك ثلاث [وهو مذهب الكتاب . وإن اختارت المرأة ثلاثة] (١) ، ولا مناكرة للزوج ، نَوَتْ المرأة [الثلاثة] (٢) أم لا . فإن [قضت] (٣) بدون الثلاث لا حُكم لهُ ، [وهذا مذهب الكتاب ، وهو المشهور مِن الأقوال] (٤) .

والثانى : أنَّها ثلاث بكلِّ حال ، سواءٌ [سرحت بما دونها بالواحدة أو الاثنتين أو لم تسرح] (٥) نَوت [شيئًا] (٦) أو لم تنو شيئًا ، ولا تُسئل عن شىء ، ولا مُناكرة للزوج ، وهذا قول عبد الملك .

والثالث : أنَّها واحدةٌ بائنة ، ذكرهُ محمد بن خويز منداد عن مالك ، وهو أحد مذهبى على بن أبى طالب رضى الله عنه ، وهو تأويل اللخمى على ما حكاهُ ابن سحنون عن أكثر أصحابنا ، واختارهُ هُو .

والرابع : أنَّ للزوج المُناكرة فى الثلاث ، والطلقة بائنة ، وهو قول ابن الجهم .

والخامس : أنَّ للزوج المُناكرة ، والطلقة رجعية ، وهو ظاهر قولُ سحنون ، وعليه [تأول] (٧) اللخمى أيضًا .

والقول السادس : أنَّها إنْ اختارت نفسها فهى ثلاث ، وإنْ اختارت

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى هـ : قضاها .
(٤) سقط من هـ .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ : دونها .
(٧) فى أ ، جـ : تأوله .

زوجها أوردت الخيارُ عليهِ فهى واحدةٌ بائنه ، وهو مذهب زيد بن ثابت ، وحكاه النقَّاش عن مالك .

وعلى القول بأنَّها إن اختارت دون الثلاث لا حُكم [لها] [١] ، فهل لها معاودة الخيار أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : [أنها] [٢] لا خيار لها بعد ذلك ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّ لها معاودة الخيار ، وهو قول أشهب فى غير « المُدوّنة » [ويؤخذ منها أيضًا والحمد لله وحده] [٣] .

---

(١) فى أ : له .
(٢) فى أ : أن .
(٣) سقط من أ .

المسألة الثانية

فى الفرق بين التخيير والتمليك ، والفرقُ بينهما أنَّ (ق / ١٩٧ أ) التخيير إنَّما يكونُ بين الشيئين المُختلفين ، وقد يكون بين [المتغايرين] (١) .

ولا شك أن وجود العصمة بين الزوجين ، وانصرافهما بين المتغايرات .

فإذا خيَّرها فإنَّما خيَّرها بين انصرام العصمة وانبتاتها وبين البقاء عليها .

فإذا اختارت [نفسها] (٢) أو سرحت بطلاقِ الثلاث فلا مُناكرة للزوج فى ذلك ، إذا كانت مدخولاً بها لأنَّها أتت بجوابٍ يلائم ما جُعل لها مِن الخيار .

وأمَّا التمليك : فإنما ملكها الزوج [ما] (٣) [ملكت] (٤) إيقاعه ، مِن أعداد الطلاق سُنَّة وبدعة ، وقد يملك إيقاع الواحدة للسنة ، ويملك إيقاع الاثنين والثلاثة للبدعة .

وقولنا : « يملك إيقاع أكثر مِن واحدة » معناهُ : عادةً لا شرعًا .

فإذا قضت بالواحدة أو بالاثنين أو بالثلاث فقد أوقعت ما كان يُمكن إيقاعهُ وصُدُورُهُ منهُ ، [فيلزم] (٥) ألا يناكرها الزوج إذا قضت بالثلاث .

والتخيير قبل البناء كالتمليك : « فى أنَّ الزوج يملكُ المُناكرة ، لأنَّ المقصود يحصل لها بالواحدة ، وإنَّما تملك أمرَ نفسها [ق / ١٧٢ جـ] بها .

---

(١) فى أ : المتعاقدين .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : ملك .

(٥) فى أ : فيلزمه .

فإذا ثبت ذلك فللزوج المُناكرة فى التمليك بثلاثة شروط :

أحدها : ألا يكون التمليك مشروطًا فى عقدِ النكاح وإنَّما تَبَرَّعَ بهِ الزوجُ بعد العقد .

والثانى : أن يدعى نيَّة يعتقدها عند التمليك .

والثالث : أن يُبادرها بالمُناكرة فى الحال ، فإن لم يُناكر عليها حتى طال ذلك لم يكُن لهُ مُناكرتُها على حال .

وقولُنا : « ألا يكون مشروطًا » لأنَّهُ إن كان مشروطًا ، فجوزنا المُناكرة للزوج : كان ذلك مما يُخِلُّ بشرطها ، ويُبطِل ثمرتها وفائدتهُ .

وقولنا : « يدْعى نيَّة يعتقدها عند التمليك : احترازًا مِن أن تكونَ نيَّة أحدثت بعد التمليك .

وقولُنا : « ويُبادر بالمُناكرة » احترازًا مِن أنْ يُناكرها بعد طولِ الأمد ، فيعد ذلك منهُ رضًا بما صنعتْ .

فإذا حصلت هذه الشروط الثلاث كان للزوج المُناكرة .

والأصل فى ذلك أثر [ابن] [1] عمر رضى الله عنه أنَّ « القضاء ما قضت إلا أن يدّعى الزوج المُناكرة ، ويحلف » .

وهو الذى اعتمدهُ مالك رحمه الله .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة الثالثة

فى التمليك المُقيَّد .

اعلم أنَّهم قسَّموا التمليك على ثلاثة أقسام [ق / ٨٧ ع] :

تمليك مُطلق .

وتمليك مُقيَّد .

وتمليك مفوض .

فأمَّا التمليك المُطلـق : فهو أنْ يقول لها : « أمرُك بيدك » **وهـو علـى وجهين :**

أحدهما : أنْ يُواجهها بذلك .

والثانى : أن يكتُب إليها بذلك أو أرسل إليها رسولاً .

فإن واجههـا بذلك أو من فَوَّض إليه ، فـإلى متى يكونُ ذلـك بيدها ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدونَّة »** :

أحدهـا : أنَّ ذلك بيدها ما لم يفترقا بأجسامهما ، وهو قولُ مالك فى المُدَّونة .

والثـانى : أنَّ ذلك بيدها ما لم يفترقا فـى الحديث وخرجا عمَّا كانا فيه [من الحديث] (١) إلى غيرِه [وهو ظاهر قوله فى المدونة إذا علم أنهما قد تركا ذلك وخرجا عن ما كان فيه إلى غيره من الحديث] (٢) .

والثالث : اعتبار طول المجلس وقِصرِه .

فإذا طال المجلس وقَعَد معها ما يرى أنَّـها تختارُ فيهِ لو أرادت فلا قضاء

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

لها بعد ذلك ، وهو ظاهر قوله فـى « المُدوَّنة » فى قولهِ : « أما ما كان مِن طول المجلس ، وذهب عامة النهار ، وعُـلم أنهما قد تركا ذلك ، فلا أرى لهـا قضاء [بعـد ذلك] (١) » ، وهو تأويل بـعض حُذَّاق المتأخريـن على «المُدوّنة » .

وعلى القول الرابع : أنَّ ذلك بيدها طال بهما المجلس أم لا ، افترقا أم لا ، ما لم توقف أو توطأ طوعًا ، وهو أحد قولى مالك .

وسببُ الخلاف : هل المُعتبر فى التمليك « اللفظ » فيكون قولُهُ « أمرك بيدك » سؤالاً يفتقر إلى جواب فى الحال فيتقيَّد بالمجلس أو المُعتبر « المعنى » لأنَّ الزوج ملَّكها أمرَ الطلاق ، وذلك أمـرٌ تحتاج فيه إلى المشورة ، وقد لا تستقل فيه برأى نفسها لأنَّه أمرٌ خطر ، ولذلك قال النبى ﷺ لعائشة رضى الله عنها حين تلا عليها آيةُ التخيير : « **ما عليك ألا تعجلى حتى تستأمرى أبا بكر** » .

وأمَّا إنْ كتب لها أو أرسل إليها رسولاً فـلم يختلف قولُ مالك فى هذا أنَّ ذلك بـيدها وإن افتـرقا ، وأنَّهُ لا يـتقيَّـد بالمجلس مـا لم يطـل ذلك ، والطـول فى ذلك أكـثرُ مِن شـهرين عـلى ما فـى سماع ابـن القاسـم فى «العُتبيَّة» .

وهل يُقبل قولُها أنها ما [اختارت] (٢) ذلك إلا لتقضى أو لا يُقبل إلا اليمين ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّها تصدق بيمين .

والثانى : أنَّها تصدق بغير يمين .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : تركت .

والجواب عن القسم الثانى فى التمليك المفوض : وهو أن يقُولَ لها : «أمرُكِ بيدكِ إن شئت » أو « إذا شئت » أو « متى شئت » أو « كُلَّما شئت»، فهذا يختلف باختلاف معانيها ، وقد بيَّنا الحُكم فيها فى « كتاب الأيمان [ق / ٦٢ هـ] بالطلاق » ممَّا لا مزيد عليهِ فى هذا الموضع ، والكلام فى ذلك واحد .

والجواب عن [القسم] [١] **الثالث** : وهو التمليك المُقيَّد بالصفة ، وهو أن يقولَ لها : « أمرُكِ بيدكِ إنْ فعلت كذا وكذا » أو « إن لم [أفعل] [٢] كذا وكذا » .

فما كان فيه [على] [٣] بر : فلا يكون أمرها بيدها ، حتى يفعل ما حلفَ على فعلهِ .

وأمَّا ما كان فيه على حنث : فإنَّهُ لا شىء عليهِ حتى ترفع أمرها إلى السلطان ، ويضربُ لها أجل الإيلاء [والحمد لله وحده] [٤] .

---

(١) فى أ : الوجه .
(٢) فى أ : تفعلى .
(٣) سقط من أ .
(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

في [جواب] (١) المُخيَّرة في الطلاق .

لا يخلو جواب المرأة لزوجها إذا خيَّرها مِن عشرةِ أوجه :

أحدها : أنْ تُفصح بالطلاق واحدة أو ثلاثًا .

والثاني : أنْ تُجيب بشيءٍ مِن [كناياتهِ] (٢) .

والثالث : أن تُجيب بشيءٍ يُحتمل أنْ تُريد بهِ الطلاق أو لا تريدُ به الطلاق .

والرابع : أن تُجيب [بشيء] (٣) يُحتمل أنْ تريد بهِ الثلاث أو تُريد الواحدة أو الاثنين .

والخامس : أنْ تُجيب بما ليس بمعنى الطلاق فى شىء .

والسادس : ألا تُجيب بشىء ، وتفعل فعلاً يُشبهُ الجواب .

والسابع : أنْ تُقيِّد الاختيار بشرط .

والثامن : أن تقيد القبول [بالنظر] (٤) .

والتاسع : أنْ تُفوِّض الأمرَ إلى غيرها .

والعاشر : أن تفصح باختيار زوجها .

فالجواب عن الوجهِ الأول : إذا أفصحت بالطلاق ، فهو على ما

---

(١) فى أ : وجوب .

(٢) فى هـ : كنايته .

(٣) فى أ : بما .

(٤) سقط من أ .

أفصحت بهِ .

فإنْ أفصحت [بالثلاث أو ما يتضمنها] (١) فذلك لها إلا أنْ يُناكرها فى الخيار قبل الدُخول أو فى التمليك قبل الدُخول أو بعدهُ فيكون ذلك لهُ إنْ ادعى نيَّة ، ولا تُسأل فى ذلك عن شيءٍ ، ولا تُصدَّق إن ادَّعت [نية](٢) « أنَّها لم تُرد الطلاق » أو « أنها لم تُرد الثلاث » .

والجواب عن الوجهِ الثانى : إذا أجابت بشيءٍ مِن [كنايات] (٣) الطلاق مثِل أن تقول « قد خليت سبيلك » أو « سرحتكَ » أو « فارقتك » أو ما أَشبه ذلك ، فيُحمل قولها فى ذلك على : ما يحمل عليهِ قولُ الزوج ابتداءً أو فيما يكونُ مِن الطلاق ، وما ينوىِ فيه ، وما لا ينوىِ فيهِ .

والجواب عن الوجهِ الثالث : إذا أجابت بما يُحتمل أنْ تُريدَ بهِ الطلاق [أولا تريد به الطلاق] (٤) مثِل أنْ تقول [قد] (٥) « قبلتُ أمرى » أو «قبلت » أو « اخترت » أو « قد شئت » أو « قد رضيت » : فهذه تُسأل عمَّا أرادت بذلك .

فما قالت قُبل [قولها] (٦) وَجَرى الحكم فى التخيير والتمليك على حسب ذلك .

والجوابُ عن الوجهِ الرابع : إذا أجابت بما يُحتمل أنْ تُريد بهِ الثلاث أو تُريدُ بهِ الواحدة أو الاثنتين ، **ففى ذلك ثلاثة ألفاظ** :

---

(١) فى أ : بالطلاق أو ما يقتضيه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : كناية .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : منها .

أحدها : أنْ تقول قد طلَّقتُ نفسى [**والثانى** : أن تقول : أنا طالق . **والثالث** : أن تقول : قد اخترت الطلاق . فإذا قالت : طلقت نفسى] (١) فقد اختلف المذهب فى ذلك على خمسةِ أقوال :

أحدها : [أنها] (٢) تسأل فى المجلس وبعدهُ ، فى التخيير والتمليك.

فإن لم يكُن لهـا نيَّة ، فهى ثلاث إلا أن يُناكـرها الزوج فى التمليك ، وهو مذهب ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّها تسأل فى المجلس أيضًا وبعدهُ فى التخيير والتمليك ، فإن لم يكن لهـا نيَّة ، فـهى واحـدة تلزم فى التـمليك وتسقُط فـى التخـيـُّـر [**والثالث**: أنها لا تسأل لا فى التخـيير ولا فى التمليك وهى واحدة ويلزم فى التمليك ويسقط فى التخيير] (٣) .

وإن قالـت فى المجلس : « أردت ثلاثًا » ، فهى ثلاث إلا أن يُناكـرها الزوج فى التمليك ، وهو قولُ ابن القاسم فى الواضحة .

والقول الرابع : أنَّها لا تُسأل فى التخيير ولا فى التمليك ، وهى ثلاث إلا أنْ تقول فى المجلس « أردتُ واحدة » ، وتسـقط فى الخيار ، وتلزمُ فى التمليك ، وهو قول أصبغ .

والقول الخامس : أنَّها لا تُسأل فى التمليك وهى واحدة ، إلا أنْ تُريد أكثر مِن ذلك فيكون للزوج أنْ يُناكرها .

وتُسأل فى التخيير : فإن قالت : « أردتُ ثلاثًا » صُدِّقت ، وإنْ قالت: « أردتُ واحدة » أو « اثنتين » أو « لم تكن لى نيَّة » أو افـترقا فى المجلس

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : أن .
(٣) سقط من أ .

قبل [أن تسأل] [١] سقط خيارها .

وأمّا إن قالت : أنا طالق فلا تُسئل فى تمليك ولا خيار ، وتكون واحدةٌ تلزمُ فى التمليك ، وتسقط فى الخيار إلا أنْ تقول فى المجلس « نويتُ الثلاث » ، فتلزمُ فى التخيير ويكون للزوج المُناكرة فى التمليك ، ولا خلاف فى ذلك .

وأمَّا إنْ قالت : « قد اخترتُ الطلاق » فإنَّها تُسأل فى التخيير والتمليك.

فإن قالت : « لم تكن لى نيَّة » فهل تكون ثلاثًا أو واحدة ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها ثلاث ، وهو [قول] [٢] ابن القاسم فى المُدوّنة .

[**والثانى** : أنها واحدة] [٣] وهو قول ابن القاسم فى الواضحة .

وسبب الخلاف : الألف واللام ، هل هما للعهد أو للاستغراق ؟

والجواب عن [الوجه] [٤] الخامس : إذا أجابت بما ليس مِن معنى الطلاق مثل أنْ تقول : « أنا أشربُ الماء » وما أشبه ذلك .

فهذا يُسقط خيارها ، ولا تُصدَّق أنَّها أرادت بذلك الطلاق .

والجواب عن الوجه السادس : إذا لم تُجب بشىء ، وفعلت فعلاً يُشبهُ أنْ يكون الجواب ، مِثل أن تنقل متاعها أو تخمر رأسها أو ما أشبه ذلك ، فإنَّها تُسأل عمَّا أرادت بذلك ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : مذهب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

فإن قالت : « لم أُرد بهِ الطلاق » صُدِّقت .

وإن قالت : « أردتُ بهِ الطلاق » صُدِّقت فيما أرادت بهِ .

وإن قالت : « أردتُ ثلاثًا » كان ذلك فى الخيار ، ولهُ المُناكرة فى التمليك ، إنْ ادعى نيَّة .

وإن قالت « أردتُ بذلك الفِراق ولم تكن لى نيَّة فى عدد الطلاق » .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها ثلاث ، وهى رواية عن ابن القاسم .

والثانى : أنَّها واحدة رجعية ، وهو قول ابن الموّاز .

والجواب عن الوجه السابع : إذا قُيِّدت الإجابة بشرط ، فإنَّ ذلك [الشرط] (١) ينقسم [ق / ٨٨ ع] [إلى] (٢) **أربعة أقسام** :

أحدها : أن يكون ذلك الشرط يحتمل أن يكون ويُحتمل ألا يكون .

والثانى : أن يكون محتملاً أيضًا والأغلب منهُ أنْ يكون .

والثالث : أنْ يكون ممَّا يُعلم أنَّهُ لا بدَّ أن يكون فى المُدَّة التى يُمكن أنْ يبلُغا إليها .

والرابع : أن [يكون مما] (٣) يُعلم أنَّهُ لا يكون .

فالأول أن تقول : قد اخترتُ نفسى إنْ دخلتُ على ضرتى أو قدم فُلان أو ما أشبه ذلك ، **ففيه قولان** :

أحدهما : أنَّ لها مُعاودة القضاء فتقضى أو ترد ، وهو قول ابن القاسم

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ ، جـ على .

(٣) سقط من أ .

[ق / ١٩٧ أ) .

والثانى : أنَّ ذلك رد لما بيدها ، ولا قضاء لـها بعد ذلك ، وهو قولُ سحنون ، ويؤخذ [من قول] [١] ابن القاسم فيما إذا أجابت بغير ما جُعل لها ، حيث قال : « ليس لها معُاودة [القضاء] [٢] » .

والوجه الثانى : مِثل أن تقول : « اخترتُ نفسى إذا حاضت فُلانة » .

ففيهِ قولان :

أحدهما : أنَّها تُطلَّق مكانها ، وهو قول ابن القاسم فى المُدوّنة .

والثانى : أنَّ الأمر يرجعُ إليها فتقضى أو ترد ، وهو قول أشهب .

والوجه الثالث : مثل أنْ تقول اخترتُ نفسى إذا جاء الغد أو جاء العيد، فإنها تكون طالقة مكانها .

والوجه الرابع : مِثل أن تقول :« اخترتُ نفسى إن مسستُ السماء » .

فإنَّها تكون ردًا لما جعل لها ، ولا [يُمكن] [٣] لها أن تقضى بعد ذلك.

والجواب عن الوجه الثامن : إذا قيَّدت [القبول] [٤] بالنظر ، مِثل أن تقول: [قد] [٥] قبلت لأنظرَ فى أمرى فهذا [يكون] [٦] الأمر فيه بيدها ، وإنْ انقضى المجلس حتى توقف ، ولا خلاف فى ذلك .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى ع ، هـ : يكون .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ ، جـ : يمكن .

والجواب عن الوجه التاسع : إذا فوّضت الأمرُ لغيرها مِثل أنْ تقول : قد شئت إن شاء فلان أو فوضتُ أمرى [إلى فلان] (١) ، **ففى ذلك قولان** :

أحدهـما : أنَّ ذلك جائزٌ إن كان فلان حاضرًا أو كان قريب الغيبة مثل اليومـين والثلاثة ، وإن كان بعـيد الغيبـة رجع الأمرُ إليها ، وهـو قول ابن القاسم فى سماع عيسى عنهُ .

والثانى : أنَّها ليس لها أنْ تُحوِّل الأمرَ إلى غيرها ، وإن كان حاضرًا ، ويرجع الأمرُ إليها فتقضى أو ترد .

وأمَّا [الجواب عن] (٢) الوجه العاشر : وهو أنْ تفصح باختيار زوجها مِثل أنْ تقول « اخترتُ زوجى » ، أو « اخـترتُ المقام مع زوجى » أو « فى عِصمة زوج » ، فذلك ردٌّ ما بيدها ، ولا خلاف فى ذلك فى المذهب [إلا ما حكاه النقاش عن مالك وقد قدمناه] (٣) .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ ، جـ .

المسألة الخامسة [ق / ١٧٣ جـ]

في قوله : الحلال [عليه] (١) حرام .

وهذه المسألة اختلف فيها السلف و [الحلف] (٢) ، واختلف فيها فُقهاء الأمصار ، لاختلاف مَنْ [قبلهم] (٣) ، **والذى تحصَّل عندى مِن اختلافهم سبعة أقوال :**

أحدها : [أنه] (٤) يحمل على الثلاثة في المدخول [بها] (٥) ، وينوى في غير المدخول [بها] (٦) ، وهو قول زيد بن ثابت وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما ، وبهِ قال ابن أبى ليلى .

والثاني : [أنه] (٧) إنْ نَوَى بذلك ثلاثًا فهى ثلاث ، وإنْ نَوَى واحدة فهى واحدة بنيته وإنْ نَوَى يمينًا ، فهى يمين يكفرها ، وإنْ لم ينوهِ طلاقًا ولا يمينًا فليست بشىء ، وهى كذبة ، ومِمن قال بهذا القول سُفيان الثورى رضى الله عنهُ .

والثالث : أيضًا أنْ يكون ما نوى بها واحدةً فواحدة ، وإنْ نَوَى ثلاثًا فثلاث ، وإنْ لمْ ينو شيئًا فهى يمين يُكفرها ، وهذا القولُ قالهُ الأوزاعى .

والرابع : أنَّهُ ينوى في موضعين فى إرادة الطلاق وفى وقوعه ، فما

---

(١) فى ع ، هـ : على .
(٢) سقط من هـ .
(٣) فى أ : قسم .
(٤) فى أ ، جـ : أنها .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .

نوى كان ما نوى ، فإنْ نوى واحدة كان رجعيًا ، وإنْ أراد تحريمًا بغير الطلاق فعليه كفَّارة يمين ، وهو قولُ الشافعى [رضى الله عنه] (١) .

والخامس : أنَّهُ ينوى أيضًا فى الطلاق ، فإن نوى واحدة كانت بائنة ، وإنْ لم ينوِ طلاقها [فهو يمين] ، وإنْ نوى الكذب : فليس بشىء ، وهذا القول قالهُ أبو حنيفة وأصحابه .

والسادس : أنَّها يمين يُكفِّرها ما يكفر اليمين .

والقائلون [بهذا القول على فرقتين : فرقة تقول : إنها يمين مغلظة . وفرقة تقول . أنها غير مغلظة . أما القائلون] (٢) بأنَّها يمين غير مغلَّظة فمنهم أبو بكر وعمر وابن مسعود رضى الله عنهم وابن عباس وجماعة من التابعين [رضى الله عنهم أجمعين] (٣) .

وقال ابن عباس ، وقد سُئل عنها : « لقد كان [لكم فى] (٤) رسول الله أسوةٌ حسنة » خرّجهُ البخارى ومسلم .

وأما القائلون أنَّها يمين مُغلَّظة :

فبعضهم أوجب فيها الواجب فى الظهار .

وبعضهم أوجب فيها عتقُ رقبة .

والسابع : أنَّ تحريم المرأة كتحريم الماء ، وليس [فيه] (٥) طلاق ، ولا كفَّارة ، لقول الله سبحانه : ﴿ لا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ ﴾ ، وهو قولُ

---

(١) زيادة من ع ، هـ .
(٢) سقط من أ .
(٣) زيادة من ع ، هـ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : فيها .

مسروق الأجدع وأبى سلمة بن عبد الرحمن [والشافعى] [١] وغيرهم مِن أهل [العلم] [٢] .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى كفَّارة النبى ﷺ ، هل كفَّر بها عن اليمين أو كفّر بها عن التحريم ؟

و [ذلك] [٣] أنَّهُ ﷺ حرَّم أُمَّ ولدِه ، وحَلَفَ ألا يطأها ، فعاتبهُ اللهُ فى التحريم وأمرهُ بالكفَّارة عن اليمين ، وهو تأويل زيد بن أسلم ، وبه أخذ مالك رضى الله عنه .

فَمَنْ رأى أنَّهُ كفَّر عن التحريم ، قال أنَّهُ يُكفِّر .

وَمَنْ رأى أنَّهُ لا يلزمُهُ يمين ، ولا طلاق ، قال لأنَّ ذلك ليس بيمين ، ولا كناية عن الطلاق .

وأمَّا المذهب فتحصيلهُ أنَّ الرجل إذا قال : « الحلال عليهِ حرام » هل تكون [زوجتهُ] [٤] داخلة فى التحريم حتى يخرجها أو هى خارجة حتى يُدخلها .

على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّها خارجة حتى يُدخلها ، وهو ظاهر قوله فى كتاب [ق/ ٦٣ هـ] « النُذور [والأيمان] [٥] » مِن « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّها داخلة إلا أنْ يُخرجها ، وهو قولُهُ فى « كتاب التخيير والتمليك » مِن « المُدوّنة » .

---

(١) فى هـ : الشعبى .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

ووجهُ القول بـأنَّها داخلة حتـى يُخرجها بقـلبهِ أو بلسانـهِ على قول أو بالنُطق وحده على قول .

فإذا ادّعى أنَّهُ [حاشاها] (١) بقلبهِ أو بلسانه ، هل يكون دون يمين أو لا بُدَّ أن يحلف ؟ فلا يخلو مِن أنْ تقوم عليهِ بيَّنةَ أم لا :

فإن لم تقُم عليهِ بيِّنة فلا يمين عليهِ .

فإن قامت عليهِ بيِّنة فقولان :

أحدهما : أنَّهُ يحلف ، حكاه القابسى والأبهرى .

والثانى : أنَّهُ لا يحلف .

فإن لم يُخرجها ، ما الذى يلزمُهُ مِن الطلاق ؟ وكيف إنْ ادَّعى أنَّهُ أراد بذلك الظهار ؟

فإن لم يُخـرجها ولم يدع أنَّهُ أراد بذلـك الظهار ، ما الذى يـلزمُهُ مِن أعداد الطلاق ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال :**

أحدهـا : [أنـه] (٢) ثلاث فى المدخول [بها] (٣) ، وينوى فـى غير المدخول بها ، وهو قولُ ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

[**الثانى**] (٤) : [أنه] (٥) ثلاث ، ولا ينوى قبل ولا بعد ، وهو قولُ عبد الملك فى « المبسوط » .

---

(١) فى هـ : حشاها .
(٢) فى أ ، جـ : أنها .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ ، جـ : أنها .

[**والثالث**] (١) : [أنه] (٢) ثلاثة فى المدخول [بها] (٣) وواحدة فى غير المدخول بها [وهو قول أبى مصعب وابن عبد الحكم . **والرابع** : أنها واحدة بائنة فى المدخول وغير المدخول بها] (٤) وهذا القول حكاهُ محمد بن خويز منداد عــن مالك . وقاله ابن إسماعيل فــى شرح « المُدوّنة » ، وهذا القول أصحّ فى النظر ، لأنَّ الأخذ بأقل ما يقع عليهِ الاسم هو الأصل حتى يأتى نص أو إجماع وليس فى [التحريم] (٥) نص ولا إجماع .

فإن ادَّعى أنَّهُ أراد بذلك الظهار ، هل يُصدَّق أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أنَّهُ لا يُصدَّق ويلزمهُ الطـلاق ، وهو قول ابن القاسم ، وبهِ قال سحنون فى العُتبيَّة .

[**والـثانـى**] : أنَّهُ يلزمُهُ الطلاق ، ثُمَّ إن تزوّجهـا بعد ذلك لم يقربها حتى يُكفِّر كفَّارة الظهار ، وهو قول يحيى بن عمر فى المُنتخبة .

[**والثـالث**] : أنَّهُ يُصدَّق فى الفتيا إذا لم تكُن عـليهِ بيِّنة أو كانت عليهِ بيِّنة وقال فى نسق قولهِ « [ذلك] (٦) :أردت [الظهار] » (٧) ، لأنَّ تحريم الزوجة يصحُّ بــهذين الوجهين ، فإنْ قال « أردت أحــدهما » صُدِّق ، وهو اختيار اللخمى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أنها .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ ، جـ : الحرام .

(٦) فى أ : إن .

(٧) فى هـ : التحريم .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى كنايات الطلاق ، هل تُصرف إلى الظهار بالنية أم لا ؟

وتمام الكلام يأتى عليها فى « كتاب الظهار » إن شاء الله تعالى، فهذا ما تحصل عندى فى مسألة [التحريم] (١) فى هذا الوقت ، وإلى الله أرغبُ فى الزيادة مِن فضله على ما أعطانى ، والعمل بفضلِهِ ومنِّهِ فى طاعتهِ [والحمد لله وحده] (٢) .

(١) فى أ ، جـ : الحرام .

(٢) زيادة من جـ ، ع .

المسألة السادسة

في صريح الطلاق وكناياتُه . **ولا يخلو إيقاع الطلاق مِن ثلاثةِ أوجُه :**

أحدها : أنْ يقصد إلى إيقاعهِ بصريحِهِ .

والثاني : أنْ يقصد إلى إيقاعهِ بكنايتهِ .

والثالث : أن يقصد إلى إيقاعهِ [بغير صريحِهِ و [لا] (١) كنايتهِ] (٢).

فالجواب عن الوجه الأول : إذا قصدَ إلى إيقاعهِ بصريحِهِ ، **فقد اختُلف في صريحِهِ على ثلاثة أقوال :**

أحدهـا : أن صريحه الطلاق خاصة ، وهو قـول [القاضي أبي محمد عبد الوهاب] (٣) ، وهو مشهور المذهب ، وما عدا ذلك فهي الكناية .

والـثـانـي : أن الخلية والبـرية وحبلك على غاربك كُلُّـهُ صريحُ الطلاق كلفظهِ ، وهو قول القاضي أبي الحسن بن القصَّار .

والقول الـثالث : أنَّ الصريح ما ذكره الـلَّهُ [تعالى] (٤) في كتـابهِ مِن الطلاق والـسراح والفِراق ، ومـا عدا ذلك فهي الـكنايات ، وهـو مذهب الشافعي [رحمه الله] (٥) .

فإذا بنيـنا على المشهور أنَّ الصـريح هو لفظُ الطلاق ، أو ما اشـتُقَّ منهُ كقوله : « أنـت [الطالق] (٦) » . . . .

---

(١) سقط من أ .

(٢) في جـ : بما ليس بصريحه ولا بكنايته .

(٣) في أ : أبي محمد عبد الوهاب القاضي .

(٤) زيادة من هـ .

(٥) زيادة من هـ .

(٦) في أ : الطلاق .

[أو طالق] (١) أو « مُطلَّقة » أو « طالقة » ، فلا خلاف : أنَّ الطلاق يلزمُهُ إذا نوى بذلك الطلاق : لأنَّ الطلاق المُتَّفق على وُقوعِه ما اجتمع [فيه] (٢) ثلاثةُ أوصاف لفظ ونيَّة وأن يكون [ذلك] (٣) اللفظ مِن ألفاظ الطلاق .

فإن نوى في العدد أكثر [ممَّا اقتضى لفظُهُ] (٤) : لزمهُ ما نوى ، لقولهﷺ : « **إنَّما الأعمال بالنيَّات** » ، ولأنَّ عمرَ بن الخطاب رضى اللَّه عنهُ قال في كنايتِهِ : [هو] (٥) ما أردت ، فصريحهُ في ذلك أوْلى .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا قصد إلى إيقاعه بكنايته ، فلا يخلو مِن أنْ يكون قصَد إلى كنايةٍ ظاهرة ، أو قصد إلى كنايةٍ باطنة مُحتملة :

فإن قصد إلى كناية ظاهرة التى تقضى البينونة كالخلية والبرية والبائنة ، وحبلُك على غاربك ، وما أشبهَ ذلك مِن الكنايات الظاهرة ، فلا خلاف أنَّهُ لا يُصدَّق إنْ ادَّعى أنَّهُ لم يُرد بذلك الطلاق . إلا أنْ يقومَ لهُ دليلُ الحال يشهدُ بِصحَّة ما يدَّعيهِ ، فيُقبل قولُهُ ، وهل ينوى فيما يدَّعيهِ مِن عدد الطلاق ويُصدَّق إنْ ادَّعى نيَّة أم لا ؟ **فالمذهب [في ذلك] (٦) على خمسة أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدوّنة »** :

أحدها : أنَّهُ لا ينوى في المدخول [بها] (٧) وغير المدخول [بها] (٨) ، وهو قوُل أشهب في « الحاوى لأبى الفرج : في الخلية والبرية ، وهو قولُ

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عليه .

(٣) سقط من أ .

(٤) في هـ : من مقتضى اللفظ .

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

محمد بن عبد الحكم [أيضًا] (١) فى « حبلك على غاربك » ، و « وهبتُك لأهلك » ، لأنَّ الكناية الظاهرة ما لا يُصدَّق فيها أنَّهُ لم يُرد بها الطلاق كما قدَّمناهُ [فى] (٢) « الخلية » و « البرية » و « البائنة » و « حبلك على غاربك » و « البتَّة » و « فارقتُك » و « سرّحتُك » و « خلَّيتُ سبيلك » و«وهبتُك لأهلك » و « وهبتُ لك نفسك » وما أشبه ذلك .

وهذا كُلُّهُ ممَّا جرتُ فيهِ خمسةِ أقوال : منها القولُ الذى ذكرناهُ أولاً عن أشهب ومحمد بن عبد الحكم ،

وهذا القول قائم مِن « المُدوّنة » مِن قولهِ : « خلَّيتُ سبيلك » أنَّهُ ينوى فى المدخول بها ، وفى غير المدخول [بها] (٣) ،أو لا فرق بين قولهِ :«أنت الخلية » ، وبين قوله :« قد خليتُ سبيلك » مثلاً ، لأنَّ المعنى فى قولهِ: «أنت الخلَّية » (ق / ١٩٩ أ) إما من [زوج وإما من] (٤) عِصمتى .

وكذلك قولُهُ :« قد خليتُ سبيلِك » معناهُ : أنِّى تركت عصمتِك ، ومفهوم ذلك كلُّهُ واحد وهو ظاهر « الكتاب » أيضًا مِن قول سحنون فى قولِه : « وهذا الذى قال البتَّة فى فتيا مالك ، قد كان عليه شهود ، فلذلك لم يُنوِّه مالك فى دعواهُ أنَّهُ أراد واحدة » ، ومفهومُهُ : أنَّهُ لو جاء مُستفتيًا لنواهُ ، وعلى هذا نبَّه بعض الشيوخ ، وهو الصحيح ، وهو [قول] (٥) [القاضى] (٦) أبى الحسن بن القصَّار .

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : من .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : نص .
(٦) سقط من أ .

والثانى : أنَّهُ ثلاث ولا ينوى لا فى المدخُول بها ولا فى غير المدخول ، وهو قولُ أشهب عن مالك فى « مختصر ما ليس فى المُختصر » ، وهو قول مالك فى [البتة وهو ظاهر قول مالك فى] [(١)] « المُدوّنة » فى « حبلِك على غاربِك » لأنَّهُ قال فيه : « لا ينوى » لأنَّ هذا لا يقولُهُ أحد ، وقد أبقى مِن الطلاق شيئًا ، وهذا يقتضى ألا ينوى لا قبلُ ولا بعد .

والثالث : التفصيل بين المدخول بها وغير المدخول :

[فينوى فى غير المدخول بها] [(٢)] ولا ينوى فى المدخول بها جُملة بلا تفصيل ، وهو نصُّ « المُدوَّنة » فى « الخلية والبرية » .

والقول الرابع : التفصيل بين المدخول بها وغير المدخول ، فيحتمل فى المدخول بها على الثلاث ، ولا ينوى فى التى لم يدخُل بها على الواحدة لا أكثر ، وهو قول أبى مصعب ومحمد بن عبد الحكم فى « الحرام » ، وهذا القول استقرأهُ بعضُ المتأخّرين مِن آخر « كتاب إرخاء السُّتور » مِن «المُدوّنة» مِن قولِه : فى باب الحكمين : « إذا قال أحدُهما « برئت منك » ، [وقال الآخر :« هى خلية » حيث قال : « أمَّا التى لم يُدخل بها فهى واحدة ، لأنَّ الواحدة تُخلِّيها وتبريها » .

فإن نوى بها البتَّة فهى واحدة ، فقال بعضُ الشيوخ بخلاف ما قالهُ فى كتاب « التخيير والتمليك » .

وقال أبو عبد اللَّه محمد بن عتاب ، لأنَّ مذهبهُ فى خلية وبرية فى غير المدخول بها : إنَّها ثلاث إذا لم يكن لهُ نيَّة ، وظاهر ما ها هنا أنَّها واحدة] [(٣)] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ب .

والقول الخامس : التفصيل بين « الخلية » و « البرية » و « البائنة » [والبتة] (١) و « حبلُك على غاربِك » . فينوى فى غير المدخول بها ، ولا ينوى فى المدخول بها وبين قوله :« سرّحتُك » و « خليتُك » و « فارقتك » و « [وهبتك] (٢)لأهلك » ، و « وهبتُ لكِ نفسكِ » وما أشبه ذلك .

فينوى فى المدخول بها وغير المدخول بها ، وهو مذهب « المُدوّنة » .

وسببُ [الخلاف] (٣) اختلافهم فى ذلك : هل هو صريح أو كناية ؟

فَمَن رأى أنَّهُ مِن الصريح ، قال :لا ينوى كما لا ينوى إذا صرّح بالطلاق الثلاث .

وَمَنْ رأى أنَّهُ مِن الكنايات ، قال: ينوى فى المدخول بها وغيرُ المدخول بها .

والقول بالتفصيل تردَّد بين المذهبين ، واستحسانٌ [جارٍ] (٤) على غير قياسى .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجهِ الثانى : وهو إذا قصدَ إلى كناية مُحتملة ، مِثل قولهِ : « ادخُلى أَو اخرُجىَ » .

أو « تقنَّعى » أو « استترى » أو « لا سبيل لى عليك » أو « لا ملك لى عليك » أو « لا تحلين لى » أو « أنت سائبة » أو « منِّى عتيقة » أو ليس بينى وبينك حلال ولا حرام » أو « لا نكاح بينى [وبينك] (٥) » أو «أجمعى عليك [ق / ١٧٤ جـ] ثيابك » [أو ما أشبه ذلك من الكنايات

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

التى تحتمل الطلاق وغيره . فالحكم فى ذلك متوقف عليه] (١) .

فإن أراد بذلك الطلاق : [فلهُ] (٢) ما نوى ، فإنْ لم يُرد بذلك الطلاق ، فلا شيء عليهِ فى مشهور المذهب .

فإن نوى بذلك الطلاق على الجملة من غير أنْ ينوى عددًا ، فيُحكم [عليه] (٣) بالطلاق الثلاث حتى يتبين أَنَّهُ أراد واحدة ، وهو قول أصبغ وبعض هذه الألفاظ أشدُّ مِن بعض .

فإن ادّعى الزوج أَنَّهُ لم يُرد بذلك [الطلاق] (٤) ، فهل يُقبل قولُهُ أم لا ؟

[فالمذهب] (٥) على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة » :

أحدهما : أَنَّهُ لا يلزمُهُ الطلاق حتى ينويه ، وهو قولُ ابن القاسم ومُطرف وابن الماجشون فى « الواضحة » و « الموَّازية » ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » فى [كتاب] (٦) « التخيير والتمليك » فى قولهِ : « لا سبيل لى عليك » أو لا مِلك لى عليك » ، [فقال] (٧) : « لا شيء عليهِ إذا كان الكلام عِتابًا » .

والثانى : أَنَّهُ يُحمل على الطلاق ، ويلزمُهُ إلا أن يكون قبل ذلك سببٌ يُعلم [أنه لم يرد به طلاقًا وهو قوله فى كتاب العتق الأول من المدونة فيما

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى هـ : فهو .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) فى هـ : حيث قال .

إذا قال لعبده : لا سبيل لى عليك أو ليس لى عليك سبيل قال : إن كان ذلك ابتداء] [١] مِن السيد عتق العبد .

وإن كان قبل ذلك كلامٌ [يُستدلُّ بهِ] [٢] أنَّهُ لم يُرد العتق ، [فإنَّ] [٣] القولَ قولُهُ .

وأمَّا إذا قال لـها : « أنت طالق » ، وقال الـزوجُ : « أردت مِن وثاق » [فإن كانت فى وثاق وسئل إطلاقها منـه كان القول قوله اتفاقًا . فإن كانت فى [الوثاق] [٤] ولم يُسأل فى إطلاقها فهل يُقبل قولُهُ أم لا ؟ قولان .

فإن لم تكُن فى وِثاق فلا يُقبل قولُهُ اتفاقًا .

فافهم هذا التحصيل ترشد إن شاء الله تعالى .

وأمَّا إذا قال [لـها] [٥] : « اعتدِّى » أو قال : « أنت طـالق اعتدِّى» أو «أنت طالق واعتدى » أو « أنت طالق فاعتدى » :

فإن قال لها : « إعتدِّى » فإنَّهُ يلـزمُهُ الطلاق ولا يُصدَّق إن ادّعى أنَّهُ لم يُرد بهِ الطلاق ، إلا بقـرينة ذلك كدراهم أعطاها إياها ، فقـالت « ما فيها كذا وكذا » ، فقال لها : « اعتدِّى » ، فيُقبل قولُهُ فى ذلك بلا خلاف .

فإن لم يكن هناك قرينة : فإنَّهُ يلزمهُ ما نوى مِن الطلاق .

فإن لم تكُن لهُ نيَّة : فهى واحدة » فهذا نصَّ ابن القاسم فى «المُدوّنة».

فانظر كـيف جعل قولُهُ : « فاعتـدى » مِن الكنايات الظاهـرية فى لُزومِ

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ع ، هـ : يدل على .

(٣) فى ع ، هـ : كان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

الطلق لا فى العدد ، وغاية ما [عللوا] (١) به أنَّ قولهُ : « اعتدى » إعلامٌ لها بوجوب العـدَّة عليها ، والعدَّة لا تلزمها إلا بـعد وقوع الطلاق ، وهذا كما ترى .

فإن كرَّر اللفظ [ق / ٨٩ ع] ، وقال :« اعتدِّى اعتدِّى اعتدِّى » .

ففيهِ قولان :

أحـدهمـا : أنَّها ثلاث إلا أن ينوى واحدة ، وهـو قول ابن القاسم ، كتكرار الطلاق .

والثانى : أنَّها واحدة ، وهو قول ابن عبد الحكم .

وكذلك إذا قال لها : « أنت طالق اعتدِّى » لأنَّهُ طلَّقها وأمرها بالعدَّة .

وأمَّا قولُـهُ « أنت طالق فاعتـدى ، أو اعتدى » **فالمـذهب عـلى ثـلاثة أقوال:**

أحــدهــا : أنَّها تـطليقتان إلا أن يـنوى واحدة ، وهو قول مـالك فى «المجموعة » [ق / ٦٤ هـ] فى « الفاء » .

والثـانى : أنَّها ثنتان ولا ينوى ، وهو قـولُهُ فى « الكتاب المذكور » فى «الواو » ولا فرق بين الحرفين فى الحقيقة فى هذا الموضع .

والـثـالـث : أنَّها طلقـة واحدة لا أكثر ، لأنَّ حقيقة قـوله: اعتدِّى لم يُوضع للطلاق ، وإنَّما هو أمرٌ بالعدة .

[وقــد] (٢) جعل الله تـعالى طلاقًا وعدَّة ، وهذا رجلٌ طـلَّق امرأتهُ وأمرها أن تعتد ، وهو قولُ محمد بن عبد الحكم .

---

(١) فى أ : علقوا .

(٢) سقط من أ .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا قصد إلى الطلاق بما ليس بصريحٍ ولا كناية مِثل أن يقول لها : « كُـلى أو اشربى » أو « قُومى أو اقعدى » أو قال لها: « تعالـى يا حرة » ، وما أشبه ذلك : فإنَّهُ إنْ لم يُـرد بذلك طلاقًا ، فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ لا يلزمُهُ الطلاق .

وإن قال :« أردتُ بذلك الطلاق » ، هل يلزمُهُ أو لا يلزمُهُ ؟

فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّ الطلاقَ يلزمُهُ .

والثانى : أنَّ الطلاقَ لا يلزمُهُ ولا شىء عليهِ .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الطلاق بالنيَّة دون اللفظ أو باللفظ دون النيَّة ، هل يلزم أو لا .

فَمَنْ ألزمهُ بمجرد الـنيَّة ، [قياسًا] [1] على الإيمان والكفـر أنهم يقعان بالاعتقاد مِن غير نُطق .

وأمَّا سقوطه فلقوله ﷺ : « **تجاوز اللَّهُ عن أمتى ما حدَّثت بهِ نفسها ما لم تعمل أو تتكلَّم** ... » الحديث .

والقولان قـائمان مِن « المُـدوّنة » ، منصـوصان ، حكاهـما أصحابُـنا البغداديون عن مالك .

فأمَّا إلزامـهُ بمجرد اللفظ فمِن « المُـدوّنة » [فمن] [2] قـولهِ : « أنـت طالق » ، وقال : « أردتهُ مِـن وثاق » ، ولا بيِّنة عليهِ ، فـلم يعذروهُ وإن جاء مستفتيًا .

ومن قولـه أيضًا : يُؤخذ النـاس فى الطلاق بألـفاظهم ، ولا تنفـعهم

(١) فى أ : قال : القياس . وفى جـ : فيقال .
(٢) فى أ : من .

نياتهم ، ومِن الذى أراد واحدةً فسبقهُ لسانهُ وقال : البتَّة ، وغير ذلك ممَّا لا يحصى كثيرةً .

وأمَّا مجرد النِّية فمن قولهِ : « ادخُلى أو اخرجى » إذا أراد به الطلاق ، ومِن قولهِ : « كُلُّ كـلامٍ أراد بهِ طلاقًا فهو طلاق » وغير ذلـك ممَّا لا يخفى على من شد نظرًا فى « المُدوّنة » .

فرع : قد اختلف المذهب فيمن باع زوجتهُ : هل ذلك طلاقها أم لا ؟

فإذا قُلنا : إنَّهُ يُعدُّ ذلك منهُ طلاقًا ، كم تُطلَّق عليهِ ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحـدهـا : أنَّهُ ينكل نكالاً شديدًا ، وتُـطلَّق عليهِ [بواحدة] [1] ، ولا يُمكَّن مِن رجعتها ، ولا يتزوّجها [هى] [2] ولا غيرها حتى [يُعلم] [3] منهُ التوبة والصـلاح مخافة أن يعود إلى مثل ذلك ، ولم يجـعل بيعهُ إياها طلاقًا ، وهو قول مالك فى « المبسوط » .

والثانى : أنَّ ذلـك يعد منهُ طلاقًا ، وهـى طلقةٌ واحدة ، غاب عـليها المُشترى أو لم يغب ، وهو قول ابن نافع وسحنون وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والقول الثالث : أنَّها مُحرَّمة عليهِ بالبيع كالمرهونة ، وهو قول ابن عبد الحكم وأصبغ فى كتاب [محمد] [4] .

وهكذا الحُكم فيما إذا زوّجها أو أذِن لها بالتزويج فتزوَّجت .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : تعرف .

(٤) سقط من أ .

وسبب الخلاف : تمكين الزوجُ أجنبيًا مِن الاستمتاع بزوجتهِ ، هل يُعدُّ ذلك [منه] [١] طلاقًا أو لا يُعد ذلك منهُ طلاقًا ؟

إذْ ليس فى البيع والنكاح أكثر مِن التمكين منها .

والحمدُ لله وحدهُ .

(١) سقط من أ .

كتـاب الظهار



كتاب الظِّهار

بسم الله الرحمن الرحيم

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب ، وجملتُها إحدى عشرة مسألة :

المسألة الأولى

[فى شرح لفظ الظهـار واشتقاقـه . والظهار] [١]: منكرٌ مِـن القــول وزورًا ، كما قال الله عز وجل ، والزور: الكذب ، والمُنكر : ما لا حقيقة لهُ مِن الكلام ، والكذب محرمٌ بإجماع الأمة على الجُملة .

والظِّهـار [محـرم] [٢] لما فيـه من المُنكر والزور لأَنَّهُ تشبيـه للمحللة بالمحرمة ، [لكونه] [٣] جعل زوجتهُ كأمه وهى لا تكون كذلك أبدًا .

وهو مأخـوذ مِن الظهر وكناية عن الجـماع ، وكنَّى [عن] [٤] ذلــك بالظهرِ لأَنَّهُ موضع الركوب ، فَخَـصَّص الظهر بالتحريم دون البطن والفرج وسائر الأعضاء ، فكان البطن والفرج أولى بالتحريم منه ؛لأن الظهر موضع الركوب ، والمرأة مركوبة عند الغـشيان ، ولا سيَّما وعادة كـثير مِن العرب وغيرهم المجـامعة على حرة مِن جهة الـظهر ، ويستقبحـون ما سواه ذهابًا منهم إلى التـستـر والحيـاء ولا تجتـمع الوجـوه ساعـتئـذ ، ولا يُطَّلع على [العورات] [٥] .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لأنه .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : العورة .

وهذه كانت سيرة الأنصار حتى نزل قولُهُ تعالى : ﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ﴾ على إحدى الروايتين فى سبب نزولها .

وكان الظهار أحد أنواع طلاق الجاهلية وفى أول الإسلام حتى نزل فى أول الإسلام بأويس بن الصامت وزوجته خويلة بنت خالد ، على الخلاف فى اسمها واسم أبيها أيضًا : قد سمع اللَّهُ قول التى تُجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله الآية .

فبيَّن الله تبارك وتعالى سنة الظهار ، وكان ذلك [نسخًا] (١) لما كانوا عليه فى الجاهلية وفى أول الإسلام [ق / ٢٠٠ أ] .

وهو أعنى الظهار ينقسم على أربعة أقسام :

[تشبيه] (٢) جُملة بُجملة كقولهِ :« أنت علىَّ مثل أمِّى » .

أو تشبيه [البعض بالبعض] (٣) ، كقولهِ فرجُك علىّ « كفرج أُمِّى » .

وتشبيه البعض بالجملة ، كقوله: [بضعك] (٤) علىَّ كأُمِّى » .

وتشبيه الجُملة بالبعض ، كقولهِ: « أنت علىّ كظهر أُمِّى » .

وكُلُّها فى الحُكم سواء .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : البضع بالبضع .

(٤) فى أ : بطنك .

المسألة الثانية

فيما يلزم مِن الظهار مِن القول :

والظِّهار ينقسِّم على قسمين :

ظهار مِن ذوات المحارم .

وظهار مِن الأجنبيات .

فالقسم الأول : [فى الظهار] (١) مِن ذوات المحارم ، لا يخلو مِن أنْ يذكر الظهر فيهنَّ أو لا يذكره :

فإن ذكر الظهر فيهنَّ فإنَّهُ يلزمهُ الظهار بالاتفاق .

وإن ادّعى أنَّه أراد بهِ الطلاق ، هل ينوى أو لا ينوى .

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحـــدها : أنَّهُ لا ينوى ويلزمهُ الظهـــار ولا يلزمهُ الطلاق ، وهذا القول يُروى عن مـــالك : « أنَّهُ يكــون ظهـــارًا ، ولا يكون طلاقًـــا » وإنْ نواه فى «كـــتـــاب [النوادر] » (٢) ، وبهِ قـــال محمـــد بن عبـــد الحكم فى كـــتاب «محمد» .

والثـــانى : أنَّهُ ينوى ويصرف إلى الطـــلاق بنيَّتهِ ويســـقط عنهُ الظهار ، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم فى كتاب بن سحنون .

والقول الثالث : [التفصيل] (٣) بين أن تشهد البِّينة على لفظه أم لا :

---

(١) فى أ : كالظهار .

(٢) فى هـ : النذور .

(٣) سقط من أ .

فإن شهدت البِّينة على لفظهِ فإنَّهُ يلزمُـهُ الطلاق والظهار جميعًا ، يلزمُهُ الطلاق بنيَّتهِ والظِّهـار بلفظهِ ، فإذا تزوّجها بعد ذلك فلا يمسَّـها حتى يُكفِّر كفَّارة الظهار ، وهو قول مالك فى مختصر [الوقار] (١) ، فى قوله: «أنت علىَّ حرام مِثل أمِّى » .

وعلى القول بأنَّ الطلاق يلزمُهُ ، هل ينوى فى العدد أم لا ؟

على قولين :

أحدهـما : أنَّهُ لا ينوى ويلزمهُ الطلاق الثـلاث ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب ابن سحنون .

والثانى : أنَّه ينوى ويلزمهُ ما نوى مِن واحدةٍ فأكثر ، وهو قول سحنون فى كتاب « محمد » على ما نقلهُ محمد بن أبى زيد فى « النوادر » .

وسبب الخلاف : صريح الظهار ، هل يُصرف إلى الطلاق بالنيَّة أم لا؟

فمن رأى صريـح الظهار يصرف إلى الطلاق بالنيَّة قـال : ينوى فيكون الطلاق عندهُ أصل ، والظهار فرع مِن فروعهِ ، ولا سيَّما أن مآل الظهار إنْ لم يرد بهِ العودة [إلى الطلاق] (٢) .

وَمَنْ رأى أنَّهُ لا يُصـرف [إلى الطلاق] (٣) [بالنيَّة قـال : لأنَّ الظهار أصل كـما أنَّ الطلاق أصل فـلا يُصرف أحـدهمـا بالنيَّة إلى الآخـر ، ولا أعرف فى المذهب نص خـلافٍ فى أنَّ صريحه لا يُصـرف إلى الظهار] (٤) بالنيَّة ، ولا يبـعُد دخول الخـلاف فيهِ بالمعـنى ، ولا سيَّمـا على القول بأنَّ

---

(١) فى أ : ابن عبد الحكم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : إليه .

(٤) سقط من هـ .

الطلاق بمجرد اللفظ لا يلزم .

وأمَّا كناية الظهار : فهل تصرف إلى الطلاق بنيَّة أم لا ؟

فقولان : في كل فصل ، وقد قدَّمناهُ في « مسألة الحرام » ، وهو قول يحيى بن عمر في « المنتخبة » فانظرهُ .

فإن لم يذكر الظهر في ذوات المحارم ففي ذلك ستة ألفاظ :

أحدها : أن يقول : « أنت عليّ حرام مِثل أمِّي » .

والثاني : أن يقول لها : « أنت عليَّ مِثل أُمِّي » .

والثالث : أنْ يقول [لها] (١) : « أنت عليَّ أحرم مِن أُمِّي » .

والرابع : أنْ يقول لها: [أنت أمي] (٢) .

والخامس : أن يقول لها : « أنت عليَّ كبعض مَنْ حُرِّم عليَّ مِن النساء» .

والسادس : أن يقول : « أنت عليَّ مِثل كلُّ شيءٍ حرمَّهُ [الله] » (٣).

أمّا قولُهُ : « أنت عليّ حرام مِثل أُمِّي » أو « مِثل ابنتي » [ق/ ٩٠ع] أو « أُختي » أو قال لها : « أنت عليَّ حرام كأُمِّي » ، **فلا يخلو مِن وجهين :**

أحدهما : أن يكون أراد بذلك الطلاق .

والثاني : ألا يكون لهُ نيَّة [ق / ١٧٥ جـ] .

فإن ادْعى أنَّهُ أراد بذلك الطلاق ، ما الذى يلزمهُ ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : أنت على أمي .

(٣) في جـ ، ع : الكتاب .

فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة مِن الكتاب :

أحدها : أنَّهُ يلزمُهُ الطلاق الثلاث ، وهو قولُهُ فى « كتاب الظهار » مِن « المُدوّنة » : « ولا يلزمُـهُ الظهار » ، وهـو ظاهر قول أشـهب فى كتـاب «العتق الأوّل » فى مسألة « ناصح ومرزوق » ، حيث قال : « يُعتق مرزوق بالنيَّة » .

والقول الثانى : أنَّهُ يلزمهُ الظهار ولا يلزمُهُ الطلاق ، وهذا القول ذكرهُ سحنـون عن غيرِه ، وظاهـر قول ابن القاسم فـى « مسألة ناصـح » حيث قال: « لا يُعتق فيما بينهُ وبين الله تعالى إلا ناصح » .

والقـول الثـالث : أنَّهُ يلزمـهُ [الطلاق] (١) والظهار جميـعًا ، فيلزمُهُ [الظهــــار] (٢) بلفظهِ والطلاق بنيَّـتـه ، وهو نصٌّ قول ابن القـاسم [فى المدونة](٣) فى « مسألة [ناصح] (٤) » لأَنَّهُ قال : « يُعتقان جميعًا » .

والقــول الرابع : أنَّهُ لا شىء عليهِ ، ولا يلزمُـهُ الطلاق ولا الظهار ، وهذا القول قائمٌ مِن المُدوّنة فى اللفظ دون النيَّة أو النيَّة دون اللفظ .

وقد بَيَّنَّا مواضع الاستقراء مِن « المُدوّنة » فى كتاب « التخيير والتمليك» وتوجيه كلٌّ قولٍ ظاهر ،فلا فائدة من التطويل .

فأمَّا إذا لم تكن لهُ نيَّة الطلاق ، **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ يكون ظهاراً ، ولا يلزمُهُ الطلاق ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الطلاق .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثـانى : أَنَّهُ طلاق البتَّة ، فإن تزوجها بعد زوجٍ فلا يطأها حتى يُكفِّر كفَّارة الظهار ، وهــو قوله فى « مختصر الوقاد » ، وهذا القــول مبنىٌ على الاحتياط .

وأمَّا إذا قال [لها] [1] : « أنت علىَّ أحرم مِن أُمِّى » **فالمذهـب على قولين :**

أحدهما : أَنَّهُ طلاقُ البتَّة ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والثـانى : أَنَّهُ مُظاهر ، وهو قول محمد بن الموَّاز [ووجه القول الأول أنه لم يعلـق التحريم بها وإنما علقـه بغيرها فخرج عن الظـهار وجرى على حكم من حرم زوجته ولم يذكر أمه] [2] .

ووجهُ القول الـثانى : أَنَّهُ ليس فى بنات آدم أحرم عـليهِ مِن أُمِّهِ ، فلم يلزمُهُ أكثر مِن الظهار .

وأمَّا إن قال لها : « أنتِ أمِّى » :

فإن نوى بــهِ الطلاق ، فهــى ثلاث ، ولا ينوى فــى أقلِّ منهــما ، ولا يعود علــيهِ الظهار إن تزوجها يــومًا ما ، وهو قولُ مالك فــى رواية أشهب [عنه] [3] فى العُتبيَّة » .

فإن لم يُرد به طلاقًا فهو ظـهار ، أرادهُ أو لم يُردهُ ، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم [فى العتبية] [4] ، وبهِ قال سحنون .

أمَّا قولُهُ : « أنت على كبعضِ مَنْ حُرِّم علىَّ مِن النساء » كانَ مظاهرًا،

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

لأنَّ الأُم والأُخت مِمن حُرِّم عليهِ مِن النساء .

وأمَّا قولُهُ : « أنت عليَّ [حرام] (١) مِثل كُلِّ شيءٍ حرّمهُ الكتاب » .

هل يكون ظِهارًا أو طلاقًا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ يكون ظهارًا ، وهو [قول] (٢) ربيعة فى الكتاب ، وقول عبد الملك وابن عبد الحكم وأصبغ مِن الأصحاب .

والثانى : أنَّهُ يكون طلاقًا وتلزمهُ الثلاث ، وهو قولُ مالك فى المبسوط وابن القاسم فى العُتبيَّة ، بمنزلة الدم والميتة ، وقول ابن نافع .

والقول الثالث : أنَّهُ يلزمُهُ الحُكمان جميعًا ، فإذا تزوّجها بعد زوجٍ لزمهُ [ق / ٦٥ هـ] الظهار ، وهو اختيار بعض المتأخرين .

وسبب الخلاف : [اختلافهم] (٣) فى تأويل قولـهِ :« مِثل كُل شىء حرّمه الكتاب » هل يُحمل عل عمومِهِ فيكون كما قال مالك وابن القاسم أو يُحمل على الخصوص فيكون كما قال عبد الملك [وغيره] (٤) فيتأول على [أنه كل] (٥) شىء حرمه الكتاب مِن النساء أو يبنى على الاحتياط فيكون كما قال اللخمى وغيرهُ ؟ .

والقسم الثانى [فى] (٦) الظهار [من] (٧) الأجنبيات : فلا يخلو مِن أنْ يكونَ قد سمَّى الظهر أو لم يُسمِّهِ .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى أ : من .
(٧) فى أ : فى .

فإن سمَّاهُ ، هل يكون ظهارًا أو طلاقًا ؟ **فالمذهب على خمسةِ أقوال** :

أحدها : أنَّهُ ظهار إلا أن يُريد بهِ الطلاق ، وهو [قول] [١] ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثـانـى : أنَّهُ طلاق إلا أنْ يُريـد بهِ الظهار ، وهو قول سـحنون فى «السليمانية » .

والثالث : أنَّهُ ظهار وإن أراد بهِ الطلاق ، وهو قولُ ابن الموّاز قال «وهو قول مالك وأصحابه » .

والـرابـع : أنَّهُ طلاق وإن أراد بهِ الـظهار ، وهو قول عبـد الملك فى «المُدوّنة » [و] [٢] فى كتاب ابن حبيب .

والخـامـس : أنَّهُ لا يكون ظهارًا ولا طلاقًـا ، وهذا ظاهر قولُ مُطرف [فيما] [٣]إذا قال : « أنت علىّ كظهر أمتى أو غُلامى » حيث قال : « لا يكون ظهارًا ولا طلاقًا وإنَّهُ لمنكرٌ مِن القول » .

يقول : « لا يكون ظهارًا لأنَّهُ غيرُ ما نزل فيهِ القُرآن ، ولا يكون طلاقًا لأنَّه لم ينْوِه ، وإنَّما نَوَى ما يرى أنَّهُ تبقى معهُ العصمة » .

وهذا الذى قال مُطرف : « لا ينعقد الظهار فى الأجنبيَّة لأنَّهُ خارج عمَّا نزل فيه القرآن ، ولا يكون طلاقًا لأنَّهُ لم ينوهِ ، وإنَّما نوى ما يرى أنَّهُ تبقى معهُ العصمة .

وسبـبُ الخلاف : اختلافهم فى كنايات الظهار هل تُصرف إلى الطلاق بالنيَّة أم لا ؟ لأنَّ قوله :« أنت علىّ كظهـر فلانة الأجنبيَّة » هو مِن كنايات

---

(١) فى أ : مذهب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الظهار عند ابن القاسم . وعبد الملك : « ليس للظهار كناية عنده » .

ولذلك قال فى هذه المسألة : « أنَّـهُ طلاق ، ولا يكون ظهارًا عنده إلا فى ذوات المحارم » .

وأمَّا إذا لم يذكر الظهـر فى [الأجنبيات] (١) مِثل أن يقـولَ لزوجتهِ: «أنت علَّى كفلانة الأجنبيَّة » ، هل يكون ظهارًا أو طلاقًا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أنَّهُ يلزمُهُ الطلاق الثلاث ولا يكون [ظهارًا] (٢) ولا يُصدَّق إذا ادْعى أنَّهُ أراد الظهار ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثـانى : أنَّهُ يكون ظهـارًا إلا أن يُريد [به] (٣) الطلاق ، وهـو قولُ أشهب فى كتاب محمد .

والثالث : أنَّـهُ لا يكون ظهارًا ولا طلاقًـا ، وهو [ظاهر] (٤) قـــولُ مُطرف .

[ويلزم] (٥) فيهِ قولٌ رابع : أنَّهُ يلزمُهُ الظهار والطلاق جميعًا [والحمد لله وحده] (٦) .

(١) فى أ : الأجنبية .
(٢) فى أ : طلاقا .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : ويلزمه .
(٦) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثالثة

فى الظهار المُعلَّق بشرط أو بوقت .

والظهار على وجهين : مُطلق ، ومُقيَّد .

فالمُطلق مِثل أن يقول : « أنت علىَّ كظهر أمِّى » ، فلا خلاف أنَّهُ مُظاهر ويلزمُهُ ما يلزم المظاهر .

وأمَّا المُقَّيد : فعلى وجهين :

مُقَّيد بوقت ، ومُقيَّد بشرط .

فالمُقيَّد بالوقت على وجهين :

أحدهما : أن يكون الظهار ينعقد عليهِ عند حلول الوقت . [**والثانى** : أن يكون انحلاله عند انحلال الوقت] [١] ، فإنْ كان انعقادُهُ عند حلول الوقت مثل قوله : « إذا مضى شهر فأنت علىَّ كظهر أُمِّى » هل يلزمُهُ الظهار أو لا يلزمُهُ ؟

فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يلزمُهُ الظهار [من] [٢] الآن قياسًا على الطلاق ، وهو (ق / ٢٠١ أ) المشهور .

والثانى :أنَّهُ لا يكون مظاهرًا حتى يأتى ذلك الوقت ، وهذا أحد قولى مالك فى الظهار المُقيَّد انحلاله بأجل ، وسيأتى الكلام عليهِ آنفًا .

وسبب الخلاف : هل يُقاس الظهار على الطلاق أم لا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن كان انحلاله عند حُلول الوقت مِثل قوله : « أنت علىَّ كظهر أُمِّى من الآن إلى شهر » هل يتعدَّ الظهار ذلك الوقت أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يتعدَّاه ويلزمُهُ وإنْ خرج الوقت الذى علَّق عليهِ الظهار فإن لم تجب عليهِ الكفَّارة بالعودة فى الأجل ، وهو قولُهُ فى « المُدوّنَة » .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليهِ ، ويسقط عنهُ الظهار [إذا] [١] خرج الأجل قبل أنْ يعود ، وهذا القولُ حكاهُ مُطرف عن مالك فى « الزاهى » لابن شعبان ، ومثلُهُ مروىٌ عن ابن عباس رضى الله عنه .

وأمَّا قولُهُ : « أنتِ علىّ كظهر أُمِّى إلى قُدوم [فُلانة » فقد قال فى «المُدونة » : « أنَّهُ لا يكون مُظاهرًا حتى يقدُم فُلان بمنزلةِ من قال : « أنت طالق إلى قُدوم] [٢] فُلان » إنَّهُ لا يلزمُهُ [الظهار] [٣] فيها حتى يقدمُ [فلان] [٤] .

فتأوّل أكثرهم أن « إلى » ها هُنا بمعنى « عند » ، وأنَّها كالشرط لا كالأجل ، ألا تَرَاهُ قال فى الكتاب : « فإن لم يقدم فلان [فلا يقع] [٥] ظهار ولا طلاق » .

وفرّق أبو الحسن اللخمى بين الظهار والطلاق : فيلزمهُ الظهار مِن الآن ولا يلزمهُ الطلاق حتى يقدم فلان .

(١) فى أ : إنما .
(٢) سقط من هـ .
(٣) فى أ : الطلاق .
(٤) فى أ : جـ : فيها .
(٥) فى ع ، هـ : لم يلزمه .

قـال : لأنَّ « إلى » [فـائدتهـا] (١) الغـاية فيـجب أن تُحـمل على موضوعـها [ق / ٩١ ع] حتى يقدم الدليل أنه أريد به الشـرط المفهوم مِن قوله : « أنت عليَّ كـظهر أمِّي إلى قُدوم فـلان » أنَّها مِن الآن عليـه كظهرِ أُمِّه حـتى يقـدم . فإذا قدِم سـقط عنهُ الظهـار إنْ لم تقع منهُ العودة قـبل قُدومهِ، وقد قال بهِ « الصحابى » ، وأخذ بهِ مالك فى أحد أقاويلهِ .

وليس [أحدٌ يقولَ : « أنْ تُطلَّق عليهِ زوجتُهُ] (٢) الآن ، وتعود عليهِ إذا قدم [فلان] (٣) ، ويصحُّ ذلك فى الظهار على قول » .

وهذا الذى قـال رضى اللَّه عنهُ ظاهرٌ فى المعنى ، والأصلُ فى الصـيغ الحقـيقـة ، ولا تُصرف إلى المجاز إلا بدلـيل [قاطع] (٤) ، و « إلـــى » موضوعها « الغاية » كما ذكروا .

وأمَّا الظهار المُقـيَّد بالشرط : فلا يخلو ذلك الشرط مِـن أن يتعلَّق بفعل نفسه أو يتعلَّق بفعل غيرهُ :

فإن علَّقهُ بفـعلِ غيرِهِ مِثل أن يقـول : « أنتِ عليَّ كظهر أُمِّي إنْ دخل زيدٌ الدار » أو « ركب دابة » أو « ما أشـبه ذلك » فلا خـلاف أنَّهُ لا يلزمُهُ الظهار حتى يوجد ذلك الفعل مِن فُلان .

فإن علَّقـهُ بفعلِ نفـسهِ ، فلا يخلو مِن أنْ يقـيد ذلك بيـوم بعينهِ أو لا يقيد :

فإن لم يقيد ذلك اليوم بعـينهِ مِثل أن يقول : « أنت عليَّ كظهر أُمِّي إنْ دخلت الدار » أو « كلمـت زيدًا » فـلا خلاف أنَّهُ لا شـىء عليـهِ حـتى

---

(١) فى أ : بأنه .

(٢) فى ع ، هـ : يعقد أحد أن يطلق زوجته .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

يُوجد منهُ الحنث .

فإن قيَّد ذلك بـيومٍ بعينهِ فلا يخلـو مِن أن يجعل اليوم ظرفًـا للفعل أو يجعلهُ ظرفًا لليمين :

فإن جعلهُ ظرفًا للفعل مِثل أن يقول : « أنت علىّ كظهر أمِّى إنْ دخلت هذه [الدار] (١) اليوم » .

فإن وُجد منهُ الدُخُول فى اليوم الذى علقهُ به لزِمهُ الظهار .

وإنَّ مضى ذلك اليوم ولم يدخُل ولم يتكلم سقط عنهُ اليمين ولا خلاف فى ذلك .

فإن جعل اليوم ظرفًا لليمين دون الفـعل مِثل قوله : « أنتِ علىَّ كظهر أُمِّى [اليوم] (٢) إن كلمتُ فلانًا » أو « دخلتُ الدار » ، فلا يخلو مِن أن تكون لهُ نيَّة أم لا :

فإن كانـت لهُ نيَّة فى قـوله : « أنت علىَّ كظـهر أُمِّى اليوم إنْ كـلمتُ فلانا» : يُريد إنْ كلَّمتُهُ اليوم فهو كـالوجهِ الأول الذى جعل فيه اليوم ظرفًا للفعـل ، ولا خلاف أنَّهُ لا شىء عليهِ إنْ مـضى اليوم ولم يفـعل ، وعلى هذا المعنى تأوّل الشيخ أبو محمد بن أبى زيد قول ابن القاسم فى «المُدوّنة» .

فإن لم تكن لهُ نيَّة هل يسقطُ عنهُ الـظهار إذا مضى اليوم ولم يفعل فيهِ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ لا شىء عليهِ إذا مضى اليوم ولم يفعل كما لو نصَّ على تعيين ذلك اليوم للفعل ، وعلى هذا تأوّل اللخمى [المسألة التى فى الكتاب

(١) سقط من هـ .
(٢) سقط من أ .

وهو] [١] قولَ مالك ومُطرف ، وعليها اختــصرها ابن أبى زمنين وابن عبد الحكم ، وهو قولٌ موافق لما قاله ابن عبد الحكم [فى القائل] [٢] : « أنت طالق اليوم إنْ كلمت فُلانًا غدًا [أنه إن كلمه غدًا] [٣] » : فلا شىء عليهِ، لأنَّ ذلك الغد مَضَى وهى زوجة ، وقد انقضى وقت وُقوع الطلاق .

ومثـلُهُ لابن القـاسم فى كتـاب « محمد » فـيمن قال لامـرأته : « إنْ تزوجتُكَ فأنت طالق غدًا » فتزوجهـا بعدَ غدٍ فلا شىء عليه ، وإنْ تزوّجها قبل غدٍ طُلِّقت عليهِ .

والقول الثانى : أنَّهُ يلزمُهُ الظهار وإنْ مضى [ذلك] [٤] اليوم لتعلُّقهِ إياهُ باليوم دون الدخول ولأنَّ الظـهار صادف [عصمته] [٥] ، كما لو قـال لها ذلك فـى ظهار مـطلق ، وإلـى هذا ذهب الـشيخ أبـو محمـد وابن لبـابة وغيرهما ، وأنَّ المسألتين مختلفتان عنـدهما على ظاهرهما ، وإنَّما جعلهما ابن القاسم فـى الكتاب على جوابٍ واحدٍ لأنَّ المُراد بهـما واحد يُريد « إن كلمتك اليوم » وبهِ قال أبو القاسم بن محرز أيضًا .

وقال الشـيخ أبو محـمد فى مسألـة ابن عبد الحـكم المُتقـدمة : « هذا خلاف أصل قولُ مالك والطلاق يلزمُهُ إذا كلَّمهُ [غدًا] [٦] ، وليس لتعلُّق الطلاق بالأيام وجه [والحمد لله وحده] [٧] .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : محلاً به وفى جـ ، ع : عصمة .
(٦) سقط من أ .
(٧) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فيمن أوْقع [الظهار والطلاق أو الظهار والإيلاء فى كلمة واحدة ولا يخلو من وجهين : **أحدهما** : أن] [(١)] يوقع الظهار والطلاق معًا ، **والثانى**: أنْ يُوقع الظهار والإيلاء معًا .

فأمَّا الوجه الأول : إذا أوقع الطلاق والظهار معًا **فلا يخلو مِن وجهين** :

أحدهما : أنْ يوقعهما فى أجنبيَّة .

والثانى : أن يوقعهما فى زوجة .

فإن أوقعهما فى أجنبيَّة فلا يخلو مِن أن يكون ذلك بشرط التزويج أو لا .

فإن أطلق ولم يُقيِّد بشرط التزويج فلا خلاف فى المذهب عندنا أنَّهُ لا شىء عليه .

وإن قيَّد ذلك بشرط التزويج مِثل قولِه : « إنْ تزوجتُك فأنت طالق ، وأنتِ علىَّ كظهر أُمِّى » : فإنَّهُ يلزَمُهُ الظهار [ق / ١٧٦ جـ] والطلاق إذا تزوْجها على مشهور المذهب فى تعليق الطلاق بشرط التزويج .

وسواءٌ كان الطلاق واحدة أو بتاتًا ، وسواءٌ قدم الظهار على الطلاق أو قدم الطلاق على الظهار ، و [قد] [(٢)] قال فى « المُدوّنة » : « والذى قدم الظهار فى لفظِه أبين . يُريد أنَّ الزوجية تبقى مع وقوع الظهار [ولا تبقى مع وقوع الطلاق] [(٣)] ، ولكن حُكمها فى هذا السؤال واحد ، فإذا تزوجها

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وقعـا معًـا ، ولا يُقـال أنَّ أحدهمـا أسبـق مِن الآخـر فى الـوقوع ، وإن [أسـبقـه][(١)] فى اللفظ لانتـظارهما محلاً يقعان فيهِ ، فـإذا وقع العقد وقع الطلاق ، ثُمَّ إنْ تزوجـها بعد ذلك فلا يقربـها حتى يُكفِّر كفَّـارة الظهار إذا حصلت منهُ العودة .

فإذا وقع ذلك فى زوجته فلا يخلو مِـن أنْ يُقدِّم الظهار على الطلاق أو قدَّم الطلاق على الظهار :

فإن قدَّم الظهار على الطلاق لزماه جمـيعًا ، لأنَّ الظهار ينعقد مع بقاء الزوجية كما تقدَّم فتُطلَّق عليه ، ثُمَّ إذا تزوّجها بعد ذلك لزِمهُ فيها الظهار .

فإن قدَّم الطلاقُ على الظهار فلا يخلو مِن أن يدخُل بها أم لا :

فإن دخل بها فلا يخلو مِن أن يكون الطلاقُ واحدة أو ثلاثًا :

فإن كان الـطلاقُ واحدة وكانت مـدخولاً بها فالـطلاق والظهار يـلزماهُ جميعًا إنْ كان الطلاقُ طلاقًا رجعيًا لبقائها فى العصمة .

وإن كان الطلاقُ بـتاتًا أو [هى] [(٢)] واحدة وهى غير مـدخولٍ بها أو كانت مدخولاً بها وكان الطلاقُ بائنًا كـطلاقُ الخلع فلا يلزمُهُ الظهارُ ، لأنَّهُ لم يُصادف محلاً لانحلال العصمة بالطلاق السابق إلى المحلِ .

وفرق بين أنْ يعقب الظهار الطلاق فى غير المدخول بها أو عقب الطلاق الظهار ، مِثل أن يقول: أنت طالق [أنت طالق] [(٣)] .

ولا فرق فى [الحقـيقة] [(٤)] بين الظهار والـطلاق ، لأنَّ قولَهُ :« أنت

---

(١) فى أ : سبقت .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : التحقيق .

طالق أنت طالق » قد خرجت فيه الزوجة بنفس الطلقة الأُولى مِن العصمة، وأوقع الثانية فى غير الزوجة ، فإلى هذا ذهب إسماعيل القاضى .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا أوقع الظهار والإيلاء معًا [ق / ٦٦ هـ] ، **فلا يخلو مِن وجهين** :

أحدهما : أن يُصرِّح بكلٍّ واحدٍ منهما .

والثانى : أنْ يضمن أحدهما الآخر .

فإن صرَّح باسم كُلٍّ واحدٍ منهما مِثل أن يقول :« والله لا أَطأكِ وأنت علىَّ كظهر أُمِّى » : كان للزوجة أنْ توقفهُ عند مُضى الأربعةِ الأشهر مِن يوم آلى وظاهر .

واختُلف فيما يلزمُهُ إذا أوقفتهُ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّهُ مُخاطب بالإيلاء خاصةً فإنْ كفَّر كفَّارة الإيلاء سقط مقالها، ثُمَّ يُضرب الأجل للظهار ولا يُطالب بالظهار إلا بعد الفراغ مِن حُكم الإيلاء لضرورة الترتيب ، وهو أحد أقاويل « المُدوّنة » .

فى المُظاهر المضار : أنَّ الأجل فيهِ مِن يوم الرفع .

والثانى : أنه مخاطب بالكفارتين جميعًا ، كفَّارة الإيلاء وكفَّارة الظهار، وهو أحد أقاويل « المُدوّنة » أيضًا فى المُظاهر [المضار] (١) إذا تبيَّن ضرره ، وضُرب لهُ أجل أربعه أشهر فحلَّت لا زيادة أجل آخر يضر بالمرأة .

والقول الثالث : أنَّهُ مُخاطب بكفارة الظهار ثُمَّ بالإصابة أنَّهُ لا يجزئه غيرُ ذلك ، لأنَّهُ قد اجتمع إيلاءٌ وظهار ، وهو ظاهر المُدوّنة من كتاب الظهار وكتاب الإيلاء مِن المُدوّنة ، وهو أصحُّ الأقوال ، لأنَّهُ [مُطالب] (٢)

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : مخاطب .

[فى الإيــلاء] (١) بالإصابة أولاً ، وهو لا يُمكَّــن مِن الإصابة إلا بتقديم الكفَّارة فى الظهار ، والإصابة حقٌ للزوجــة ، فعليهِ أن يدفع كُلُّ مانعٍ يمنعهُ منها .

وعلى الـقول بأنَّهُ يُكــفِّر كفَّارة الإيــلاء فإذا كفَّر عن الإيــلاء هل يزول حكمُهُ ويسقُط أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهــما : أنَّهُ يسقط حُكمُهُ بالكفَّارة ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب الإيلاء مِن المُدوّنة .

والثانى : أنَّهُ لا يسقُط إلا [ق / ٩٢ ع] بالإصابة ، وهو قولُ أشهب فى الكتاب المذكور .

وأمَّا إن ضمن أحدهما الآخر مِثل قولهِ :إنْ [وطئتك] (٢) فأنتِ عليَّ كظهر أُميٍّ ، هل ينعقد عليهِ [الإيلاء] (٣) بنفس [اليمين] (٤) أو لا ينعقد عليهِ إلا بالإصابة ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ يكون مؤليًا بنفس اليمين ، وهو قوله فى المدونة .

والثانى : أنــه لا ينعقد عليــه إلا بالإصابة أو الرفع إلى الإمــام إذا تبيَّن ضره فيوقف حينئذ أو يضرب لهُ أَجل المُؤلى على [الخلاف] (٥) فى ذلك ، وسنورده [بعد هذا] (٦) إنْ شاء اللَّهُ .

وعلى القول بأنَّــهُ يكون مُؤليًا حين تكلَّم بذلك فــإذا أوقف بعد الأربعة

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : قربتك .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، جـ : الإيلاء .

(٥) فى أ : الإخلاف .

(٦) سقط من أ .

(ق / ٢٠٢ أ) الأشهر هل يُمكَّن مِن الفيئة أو لا يُمكَّن ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال كُلُّها قائمة من « المُدوّنة »** :

أحدها : أنَّهُ لا يُمكَّن من الفيئة جُملةً ، لأن باقى وطئه لا يجوز ، وهو قولُ الرواة فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّهُ يُمكَّن مِن الوطء لتام ، وهو قول ابن القاسم فى «المُدوَّنة» فى « كتاب الإيلاء » : فى الذى قال لامرأتهِ : « إنْ وطئتُك فأنت طالق ثلاثًا » ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الظهار » حيثُ قال : « فإنْ وطء زال عنهُ الإيلاء ولزمهُ الظهار بالوطء » .

والثالث : أنَّهُ يُمكَّن مِن مغيب الحشفة [خاصة] [١] ولا يزيدُ على ذلك بُناءً على أنَّ النزع ليس بوطء ، وهو قول مطرف فى « ثمانية أبى زيد » ، وهو ظاهر « المُدوّنة » ، لأنَّ الحنث يقعُ بمغيب الحشفة [خاصة][٢]، وبهِ يجبُ الظهار ، والتمادى [فى] [٣] الوطء بعد وجوبهِ حرام ، لأنَّهُ وطء قبل أن يُكفر ، والله تعالى يقولُ فى كتابهِ : ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾

والقول الرابع : أنَّهُ لا يطأ ولا ينزل ، وهو أضعفُ الأقوال .

وسبب الخلاف : [بين] [٤] مَنْ قال :يُمكَّن مِن الوطء على الجُملة ومَنْ قال لا يُمكَّن : اختلافهم فى النزع ، هل هو وطء أم لا ؟

فَمَنْ قال أنَّ النزع وطء منعهُ مِن الوطء جُملةً .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، جـ : على .

(٤) سقط من أ .

وَمَنْ رأى أنَّ النزع ليس بوطء قال : يُمكَّن مِن الوطء .

وسببُهُ [بين] (١) مَنْ قال: يُمكَّن مِن الإنـزال وبين مَنْ قال : لا يُمكَّن إلا [من] (٢) مغيب الحَشَفَة : [اختلافهم فى] (٣) [الحُكم] (٤) المُتعلق بماله أولاً وآخرًا مِـن الأسماء ، هل يتعلَّـق بأول [الأسماء] (٥) ، ثُـمَّ لا يُمكَّن إلا مِن مـغيب الحشفة ، أو إنَّما يـتعلق بأواخرها فيُـمكَّن من الوطء التام .

ولهُ سببٌ آخر : الاستدامة هل هى كالإنشاء أم لا ؟

وعلى القول بأنَّهُ لا يُمكَّن مِن الوطء جمـلةً هل يعجَّل عليه بالطلاق أو يُضرب لهُ أجلُ [الإيلاء] (٦) ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » مِن « كتاب الإيلاء »** :

أحدهما : أنَّهُ يُعجل عليهِ الطلاق ، وهو قولُ ابن القاسم فى « الكتاب [المذكور] (٧) » فى الذى قال لامرأتهِ : « إن وطئتَك فأنت طالق ثلاثًا » .

والـثـانـى : أنَّهُ لا يُعجَّل عـليه بالطلاق ويضرب لهُ أجـل المُولى أربعة أشهر، وهو قولُـهُ فى هذا « الكتاب » : « أنَّهُ مولى حين تـكلَّم بذلك » ، وكذلك قال فى « كتاب الإيلاء » :« وفائدةُ الأجل وإن كان الزوج لا يُمكَّن مِن الفيئة ، لاحتمال أنْ ترضى الزوجة بالمقام بلا وطء» .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من هـ .
(٥) فى أ : الإسم .
(٦) فى أ : المولى .
(٧) سقط من أ .

وعلى القول بأنَّهُ يُمكن مِن الوطء التام هل تجب عليه كفَّارة الظهار بذلك الوطء أو لا تجب عليه إلا بوجود العودة الثانيةً ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهُ لا تجب [عليه] [١] الكفَّارة إلا بالعودة ثانيةً ولا تجب بالوطء لذى وجب [عليه] [٢] بِه الظهار ، وهو قولُ ابن القاسم فى «العُتبيَّة » .

وعلى هذا حمل أكثرُ [المتأخرين] [٣] قوله فى « المُدوَّنة » [**والثانى**][٤]: « أنَّهُ تجبُ عليهِ الكفَّارة بنفس الوطء» ، وهو قولُ ابن الموَّاز وغيرهِ ممن منع الوطء جُملةً كعبد الملك وغيرهِ ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى «المُدوَّنة » على ما تأوّلهُ بعضُ الشيوخ .

وذلك ظاهر [على] [٥] ما أصَّله وقدَّرهُ .

والحمدُ للَّه وحدهُ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : المختصرين .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى دخول الإيلاء على الظهار على سبيل الاضطرار .

ولا يخلو المُظاهر مِن وجهين :

أحـدهمـا : أن يكون قادرًا على إسقاط الظـهار بأحدِ الكفَّارات الثلاث التى ذكرهـا اللَّهُ تعالى فـى كتابهِ أو غيرُ قـادرٍ على ذلك بعسـرٍ وعجزٍ عن الصوم .

فإن كان مُعسرًا أو عـاجزًا فلا يخلو مِن أن يكون العـجز أو العُسر أمرًا طرأ بعد عقد الظهار [أو كان فى تلـك الصفة بين طرفين . فإن كان العسر والعجز أمـرًا طرأ بعد عقد الـظهار] [1] لم يدخُل علـيهِ الإيلاء ، لأنَّهُ لم يقصد الضرر بها .

فإن كان مُعسرًا أو عاجزًا عن الصوم حين ظاهر [منها] [2] ، وكان قد قصدَ الضرر بنفس الظهار فهل تطلَّق عليهِ الآن أو يُضرب لهُ أجل الإيلاء ؟ على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » وبيانُهما فى الفصل الذى يليهِ .

والوجـه الثـانى : إذا كان قادرًا علـى إسقاط الظهار بإحـدى الكفَّارات الثلاث : فلا خلاف أعلمهُ فى المذهب أنَّ الإيلاء يدخُل عليهِ .

واختُلـف متى يُضـرب لهُ الأجل ؟ علـى ثلاثة أقوال كُـلُّها قائـمة مِن «المُدوّنة » :

أحـدهـا : أنَّ الأجل فيهِ من يـوم التظاهُر ، وهو قولُ ابن الـقاسم فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

«المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّ الأجل فيهِ من يوم الرفع ، وهو قولُ الغير فى « المُدوَّنة » .

قال سحنون فى الكتاب : « وكلٌ لمالك ، والوقف بعد ضرب الأجل أحسن » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يتبيَّن ضررهُ أم لا .

فإن تبيَّن ضررهُ ، ضُرب [له] (١) الأجل مِن يومئذ .

فإن لم يتبيَّن ضررهُ فلا شىء عليه ولا يتعرض لهُ إلا أن يتطاول ذلك فيكون لها القيام ، وهو قول الغير فى « المُدوّنة » فى « كتاب الظهار » ، وهو نصٌّ قولُ مالك فى كتاب « ابن الموّاز » .

وعلى القول بأنَّ الأجل من يوم التظاهر أو مِن يوم الرفع فإذا حلّ الأجل ولمْ يشرع فى الكفَّارة ثُمَّ قال : « دعونى [أكفر] (٢) عن ظهارى » هل يتلوم له أو تُطلَّق عليه ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّهُ يتلوم لهُ مرةً بعد مرة ويؤخره الإمام ، فإن تبيَّن لهُ كذبُهُ: حكم عليهِ بالطلاق ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يتلوم ولا يؤخر ، وهو قول محمد وعبد الملك إذ لا يزاد فى أجل الإيلاء .

وقال عبد الملك بن الماجشون : « إن ابتدأ صومُ شهرين ، بعد ضربِ السلطان الأجل ، ثُمَّ [انقضى] (٣) الأجل قبل تمام صومهِ فلا يخلو مِن أن يكون ذلك باختيار منهُ أو بغير اختيارٍ منهُ :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : إن تقضى .

فإن كان ذلك باختيارٍ منهُ ، فـإنَّها تطلق عليهِ ، ثُمَّ [إن] [١] انقـضى الصوم وهى فى العدَّة كانَ لهُ أن يرتجع .

فإن ارتجع قبل انقـضاء الصوم ثُمَّ انقضى وهى فى العـدَّة كانت رجعته رجعة .

فإن كان ذلك بغير اختيارٍ منهُ مـثل أن يبتدئ الصوم فى الأربعة الأشهر أول ما ضُربـت وهو صحيح ثُـمَّ مَرِضَ حتى مـضى الأجل قبل أنْ يُـكمل صومهُ : لم تُطلَّق عليه ، لأنَّهُ معذور [والحمد لله وحده] [٢] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من هـ .

المسألة السادسة

فيمن ظاهر مِن جماعة النساء . **ولا يخلو ذلك مِن ثلاثة أوجه :**

أحدها : أنْ يُعلِّق ذلك بشرط التزويج .

والثانى : أن يُعلِّقهُ بالكلام والدخول .

والثالث : أن يكون الظهار مُطلقًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا علَّقهُ بشرط التزويج ، فلا يخلو ذلك مِن أن يكون فى نساء معيَّنات أو فى نساء مجهولات [فإن كان فى نساء مجهولات] (١) : [فله] (٢) ثلاثة ألفاظ « كُل » و « من » و « أى » .

فأمَّا « كُلُّ » [فمثل] (٣) قولُهُ :كُلُّ امرأةٍ أتزوّجها فهى علىَّ كظهر أمِّى هل تُكرر عليهِ الكفَّارة أو كفارة واحدة تجزئه ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ كفارة واحدة تجزئُهُ عن كُلِّ مَن تزوّج مِن النساء ، وهو قولُ مالك فى « المُدوّنة » .

فإن تزوّج واحدةً ثُمَّ وطئها فإنَّهُ يجب عليهِ الكفَّارة ماتت أو طُلِّقت ، ثُمَّ إن تزوّج أُخرى فلا يطؤها حتى يُكفِّر .

وكذلك إنْ ماتت الأُولى قبل الوطء ثُمَّ تزوّج غيرها فلا يقربها حتى يُكفِّر .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) سقط من أ .

فإن كفَّر ثُمَّ تزوّج ثانيةً فلهُ أن يطأ بغير كفَّارة ، وهو قولُهُ فى «المُدوّنة».

والثـانى : أنَّ عليهِ فى كلٍّ امرأةٍ يتزوجها كفَّارة وهو قولُهُ فى « مختصر ما ليس فــى المختصر » ، وهو قول ابن نــافع أيضًا ، وهذا القــول قائم مِن «المُدوّنة » مِن قولهِ : « مَنْ تزوجت منكنَّ » وكلاهما من صيغ العموم .

فأمَّا « من » و « أى » ، مثل [ق / ١٧٧ جـ] قوله : « مَن تزوجتُ مِن النــساء فهى علــىَّ كظهر أُمِّى [أو قال : أى امــرأة أتزوجها فهــى علىَّ كظهر أمى] [(١)] » فقد قال فى الكتاب : « عليهِ فى كُلٍّ واحدةٍ كفَّارة » ولم أر فى ذلك نص خلافٍ فى المذهب ، [والخلاف] [(٢)] داخلٌ فيها بالمعنى ، قياسًا على « كُل » .

والفــرقُ بين « كُــل » و « مِن » عــلى مــذهب الـكتــاب لأن « ومِن » «إياهما » مِن صيغ العــموم [لإبهامهما] [(٣)] واشتمالهما عــلى الآحاد بغير تعيين ولا تخصيص فأفادتا العموم مِن هذا الوجه ، [لا من] [(٤)] مقتضى نفس صيغتهما كمُقتضى [لفظة] [(٥)] « كُل » و « أجمع » .

فلمَّا كانت « من » و « أى » إنَّما تقعُ على الآحاد لزِمت فى كُلٍّ واحدة كفَّارة [ق / ٩٣ ع] ولــم يلزم ذلك فى « كُل » إذ هــى بنفسها ووضــعها للاستغراق فكانــت كاليمين على أشياء فحث بفعل أحــدها ، فلو جمع بين «كُل » و « مِن » مِثل : أن يقول: « كُل مَن تزوّجــت مِن النساء فهى علىَّ كظهرِ أُمِّى » فكانت بمنزلة مَنْ لم يذكر « مِن » ، وكان الحُكم لقولهِ «كُل»،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ولا خلاف .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

لأنَّ من ها هنا لبيان الجنس لا للتبعيض .

فإن قال ذلك [لنساء] [١] [معينات] [٢] فلهُ أربعة ألفاظ « إن » و«كُل» و« مَن » و « أى » .

فأمَّا « إنْ » : فمثل قوله: إن تزوجتكُنَّ فأنتُنَّ علىَّ كظهر أُمِّى ، فليس عليهِ إلا كفَّارة واحدة بلا خلاف فى ذلك .

وأمَّا « كُل » فعلى الخلاف الذى قدَّمناهُ إذا كن مجهولات .

وأمَّا « مَنْ » و « أى » فمثل قوله : « مَن تزوجتُ منكنَّ أو أيتكُنَّ تزوّجت فهى علىّ كظهر أُمِّى » : ففى كُلِّ واحدةٍ منهنَّ كفَّارة .

والجواب عن [الوجه] [٣] الثانى : إذا علقه بالكلام والدخول فيتخرج على الخلاف الذى قدَّمناهُ مثل قوله : « إن دخلتُنَّ هذه الدار » و « إنْ كلمتُكنَّ » أو قال : « كُل مَنْ دخلت منكنَّ هذه الدار [ق / ٦٧ هـ] » أو « كُلُّ مَنْ كلمتها منكنَّ » أو « مَنْ دخلت منكنَّ » أو « أى امرأة دخلت أو كلَّمتُها » . فهذه الحروف كُلُّها للتبعيض فى هذا الوجه : [فمن] [٤] دخلت منهن وجب [عليه] [٥] فيها الظهار ، وعليهِ مِن الكفَّارات بعدد مَن دخل منهنَّ إلا فى حرفٍ واحد .

وهو قولُهُ : « إنْ دخلتُنَّ هذه الدار » فدخلتها واحدة منهنَّ فإن المذهب **اختلف فيه على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ لا شىء عليهِ فى الداخلة حتى يدخُلنَّ كُلُّهنَّ فتكون عليهِ

---

(١) فى ع ، هـ : فى نساء .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فيمن .

(٥) فى أ : عليها .

كفَّارة واحدة ، وهــو قولُ ابن القاسم فــى « المُدوّنة » [فى] [١] « كــتـاب العتق » .

الثانى : أنَّهُ يحنث فيهنَّ بدخول واحدة ويُوقَّف عنهنَّ حتى يُكفِّر كفَّارة الظهار ، وهو قول عبد الملك ، وهذا القول قائم مِن « المُدوّنة » مِن « كتاب النذور » مِن قولهِ : « إن الحنث يقع بأقلِّ الأشياء » .

والقول الثالث : أنَّهُ يحنث فى الداخلة خاصة ولا شىء عليهِ فى الآخرة حتى تدخل ، وهو قول أشهب فى كتاب « العِتق الثانى » مِن « المُدوّنة » ، فجعل لكلٍّ واحدةٍ ظهارًا ، وكفَّارة لكُل واحدةٍ .

ينبنى الخلاف عــلى الخلاف فى الحنث هل يقع بأقــلِّ الأشياء أو لا يقع إلا بأكملها ؟ والقولان قائمان مِن « المُدوّنة » .

والجواب (ق / ٢٠٣ أ) **عن الوجه الثالث** : إذا كان الظهار مطلقًا ، فلا يخلو مِن [أن يظاهر من امرأة واحدة أو من أربع نسوة . فإن ظاهر من امرأة واحدة فلا يخلو من] [٢] أن يُكرر عليهِ الظهار أو لا يكرره :

فإن لم يُكرر عليهِ الظهار ، مِثل : أن يقول : « أنتِ علىّ كظهر أُمِّى»: فعليهِ كفَّارة واحدة اتفاقًا .

فإن كرَّر عليه الـظهار فلا يخلو مِن أن يكون ذلــك فى يمين أو فى غير يمين أو يكون أحد الظهارين بيمين والآخر بغير يمين .

فإن كان ذلــك بيمين فلا يخـلوا مِن أنْ يتَّحـدَ المحلوف عليهِ أو يـتعدَّد المحلوف :

---

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من أ .

فإن اتَّحد المحلوف عليه مثل قوله : إنْ دخلت هذه الدار ، فأنت عليَّ كظهر أُمِّى [فيُكرِّر اليمين كذلك مراراً فالحكم فى هذا الوجه كالحُكم فيمن كرَّر الظهار بغير يمين مثل قوله] (١) : « أنت علىَّ كظهر أُمىٍّ » فلا شىء عليه إلا كفَّارة واحدة ، لأنَّهُ ظهارٌ واحد لأنَّها بأوّل مرَّة هى عليه كظهر أُمِّه وصارَ فى قوله الثانى والثالث كالمواصف لها ، إلا أن ينوى بتكريره الظهار ثلاث كفَّارات : فيلزمهُ ذلك ، وهذا نصٌّ قوله فى « المُدوّنة » .

وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى رضى الله عنه : « ولا يكون لهُ حُكم الظهار فإن نوى العدة وكفَّر عن الأوّل جاز لهُ الوطء ، وإن لم يكفِّر عن الثانى » .

والذى قالهُ صحيح ، لأنَّهُ إنَّما تلزمهُ كفَّارة مثل كفَّارة الظهار يُؤديها من ماله للمساكين .

واختُلف إذا نوى بتكرار الظهار ظهارات ، هل يلزمهُ حكم ما ظهر من الظهارات من الكفارات أو لا يلزمهُ من الكفَّارات إلا كفَّارة واحدة ؟ **على قولين قائمين من « المُدوّنة » :**

أحدهما : أنَّهُ يلزمه [عدد ما ذكر] (٢) ، إذا نوى بذلك التكرار ظهارات ، وهو أحد أقاويله فى « المُدوّنة » فى « كتاب النذُور » حيث قال: « فى يمينٍ واحدة ، إلا أن يريد بما عمل الزور أو تلاهُ أيمان » ، وهذا نصٌّ الكتاب فى بعض الروايات بإثبات « أو » .

والثانى : أنَّهُ لا يكون عليه إلا ظهاراً واحداً إلا أن ينوى ثلاث كفَّارات، وهو ظاهر « المُدوّنة » من « الكتاب المذكور » أيضًا ، حيث قال :

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

« فإن نوى باليمين الثانية غير الأُولى ، [وبالثالثة] [١] غير الثانية » ، حيثُ قال : « لا يكون ذلك أبدًا إلا يمين واحد إلا أن يُريد بهما مُجمل النذور : [فتلزمهُ] [٢] ثلاث كفَّارات » .

فإن تعدّد المحلوف عليهِ ، مِثل قولهِ : « أنت عليَّ كظهر أُمِّى إن دخلتِ هذه الدار » ثم قال : « أنت عـلىَّ كظهر أُمِّى إن لبِستِ هذا الـثوب » فهما ظهاران .

فإن حنث فى أحدهما ونوى العودة ، وكفَّر ثُمَّ حنث فى الأخرى كانت عليهِ كفَّارة أخرى إذا نوى العودة .

واختُلـف إذا حنث فى أحد الـيمينين فـلم يُكفِّر حـتى حنث فى الـيمين الأخرى على قولين :

أحدهما : أنَّ كفّارة واحدة تُجزئُهُ ، وهو قول عبد الملك والمخزومى .

والـثانـى : أنَّ عليهِ لكُلِّ يمين كفَّارة ، وهــو ظاهر قول ابن القاسم فى «المُدوَّنة » .

والوجهُ الـثالث : إذا كان أحد الظهارين بيمين والآخر بغير يمين مثل أن يكون عليه ظهار يمـين فحنث فيه فلم يُكفِّر ، حتى دخل عـليهِ ظهار مجرد قد أوقعهُ على نـفسه أو كان الأول ظهارًا مجردًا ولم يُكفِّر حـتى دخل عليهِ [ظهار] [٣] آخر بيمين حنث فيها . هل تجزئُهُ كفَّارة واحدة أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّ عليهِ لكلِّ ظهار كفَّارة ، وهو ظاهر المُدوّنة وهو قول محمد

---

(١) فى أ ، جـ : وبالثلاثة .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

ابن الموّاز : « إذا تقدَّم الظهار باليـمين على الظهار المجرد » ولا فرق بين أن يتقدَّم أو يتأخَّر على ظاهر « المُدوّنة » [وعلى] [١] ظاهر قولُ محمد .

والثـانى : أنَّ كفَّارة واحدة تجزئهُ مِن غير اعتبار بيمينٍ سَبَق ، وهو قول المخزومى وعبد الملك فى المسألة الأولى إذا كان الظهار بيمين .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يتقدَّم الذى [هو] [٢] بيمين فتكون عليهِ كـفَّارة واحدة ، و [بين] [٣] أن يتقدم الذى هو بغـير يمين ثُمَّ حلف فحنث كانت عليه كفَّارتان ، وهو قولُ أصبغ فى « المستخرجة » .

فإن ظاهر مِن أربعة نسوة فلا يخلو مِن أن يجمعهن فى كلمةٍ واحدة أو أفرد كُلَّ واحدةٍ منهنَّ بالذكر :

فإن جمعنَّ فى كـلمةٍ واحدة ، وقال : « أنتُنَّ علىَّ كظهـر أُمّى » فعليهِ كفَّارة واحدة اتفاقًا .

فإن أفرد كُلَّ واحدةٍ [بـالظهار] [٤] فلا يخلو مِـن أن يكون ذلك فى كلام مُتَّصل أو فى كلامٍ مُنفصل :

فإن كان فى كلامٍ مُـتَّصل مِثل قولهِ : « أنت علىَّ كـظهر أُمِّى » وأنتِ يُشيرُ إلى غيرها فهل تتعدّد الكفَّارات أو تَتَّحد ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّ الكفَّارات [تتعدد] [٥] بتعدد النِّساء المُظَاهر منهنَّ ، وهو قول يحيى بن عمرو .

---

(١) فى أ : وهو .
(٢) سقط من جـ ، هـ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : فى الظهار .
(٥) سقط من أ .

والثانى : أنَّهُ لا تلزمُهُ إلا كفَّارة واحدة ، وهو قولُ أشهب .

والقولان قائـمان مِن « المُدونَّة » بالـتأويل ، وقد قال فى « الـكتاب » فيمن قال لامـرأتهِ : « أنت علىَّ كظهر أُمِّى » ثـم قال للأُخرى : « وأنتِ علىَّ مِثلها : أنَّ عَليهِ كفَّارتان .

وقـولُـهُ « ثُمَّ » : هـل [هـى] [١] مِـن كلام الحـاكى مِـن غيـر أنْ [يقتضيها][٢] الزمان كما تقول : « قال زيد كذا ثم جاوبه عمرو بكذا . وإن كان جواب عمرو مُطابقًا لقول زيد » مِن كلام الحاكى [فى اللفظ] [٣] دون المعنى فتكون علـيهِ كفَّارتان كما لو انفصل الثانى عـن الأول كما قال يحيى ابن عمرو . أو يُحمل قولُهُ « ثُم » على المعنى وعلى [موضوعها] [٤] فى اللّغة فيكون الحاكى إنَّما حكى المجلس على ما كان عليهِ ، فلذلك قال فى « الكتاب » : عليهِ كفَّارتان .

فلو كان كلامُهُ مُتصلاً بعضُهُ ببعضٍ مِن غير تراخٍ كما يقول ابن القاسم عليهِ كفَّارة واحدة [كما قال أشهب] [٥] ، إذْ لا فرق بين قولـه : « أنتما علىَّ كظهر أُمِّى » أو يقول : « أنت وأنت » إذا كان [كلاما] [٦] نسقًا .

فإن كان ذلك فى كلامٍ مُنفصل فلا خلاف أنَّ الظهار يتعدد .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : يقتضيه .

(٣) فى أ : باللفظ .

(٤) فى ب : موضعها .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : كاملاً .

المسألة السابعة

في تعليق الظهار بدواعي الوطء. مثل أن يقول: مُضاجعتُك وملامستُك وقُبلتك عليَّ كظهر أُمِّي، هل ينعقد فيه الظهار أم لا ؟ **على ثلاثة أقوال كُلّها قائمة من « المُدوَّنة »** :

أحدها : أنَّ الظهار يتعلَّق بجميع دواعي الوطء، وهو مشهور المذهب، وهو تأويل جميع أصحابنا بالغداديين وغيرهم أنَّ جميع أنواع الاستمتاع محرَّمة عليه حتى يُكفِّر، وهو [ق / ٩٤ ع] ظاهر قول عبد الملك [أيضًا] (١) ، لأنَّهُ قال : « إذا أخذ في صيام [المُظاهر] (٢) ثُمَّ قبَّل أو باشر قبل أنْ يُتمَّ صيامهُ، فإنَّهُ يستأنف » .

فعلى هذا يكونُ مُظاهرًا إذا علَّق الظهار بذلك .

والثاني : أنَّهُ لا يتعلَّق الظهار بدواعي الوطء جُملةً، وهو تأويل الشيخ أبي الحسن اللخمي [على المذهب] (٣) .

واستقرئ ذلك مِن قولِه في المُظاهر : « لا يُقبِّل ولا يُباشر لأنَّ ذلك لا يدعو إلى خير » ، فجعل المنعُ من ذلك حمايةً أن يقعَ في الجماع الذي هو مُحرَّم، ليس أنَّهُ تتعلق بِهِ الكفَّارة في نفسهِ، وهو ظاهر قول أصبغ في غير « المُدوّنة » فيمن أخذ في الكفَّارة عن ظهار ثُمَّ قبل أو باشر فلا شيء عليه.

والقول الثالث : بالتفصيل بين النظر إلى محاسنها وبين القُبله والمُلامسة وغيرها . فيتعلق الظهار بالمُلامسة وغيرها ولا يتعلَّق بالنظر إلى محاسنها

---

(١) سقط من أ .

(٢) في هـ : التظاهر .

(٣) سقط من أ .

كالنظر إلى شعرها وصدرها ، وهو ظاهر « المُدوّنة » مِن قولِه : « ولا بأس أن يكون معها ويدخُل عليها بغير إذن إذا كان تُؤمن ناحيتُهُ » وإباحة الدُخول عليها بغير إذن سبب أن ينظر إلى مـا اتفق عند دُخوله مِن سائر أطرافها مِن رأسها وشعرها وذراعيها وقدميها الذين هما عورة لما عُلِم بالعادة أنَّ المرأة لا تتحرز فـى بيتها ولا تتحـفَّظ فى ستر أطرافهـا كما كانت تتحـفَّظ إذا كانت خارجة ، وكوْن الزوج مأذونًـا فى الدُخول عليها بلا إذن إباحة الـنظر إليها على [تلـك الحالة] (١) ، وهو قول أبى القاسم بـن الجلاب : أنَّ لهُ النظر إلى الوجـهِ والرأس واليديـن وسائر الأطراف ، وهـو نصٌّ قول مالـك فى «العُتبيَّة » فى الرأس والشعر .

وأمَّا الوجهُ فقد قال فى « الكتاب » : « يجوز لهُ النظر إليه [وقد ينظر غيره إليه] (٢) » ، ومعناهُ : لغير لذَّة وأمَّا باللذَّة فلا يجوز .

والقول الرابع : التفصيل بين النظر إلى المحاسن للذَّة أو لغير لذَّة :

فإن كان للذَّة حرم .

وإن كان لغير لذَّة لم يحرُم .

وهذا ظاهـر قوله فى « المُـدوَّنة » فى الوجهِ حـيثُ قال : « وقد يـنظر [غيره] (٣) إليه » .

فيتحصَّل مِن « المُدوّنة » فى تعليق الظهار بدواعى الوطء ثلاثة أقوال .

وفيما يجوز للمُظاهر مِن امرأتهِ قبل الكفَّارة أربعة أقوال :

أحـدهـا : إباحة ما عدا الوطء مع الكراهـة ، لقولِه فى « الكتاب » :

(١) فى أ : ذلك .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : غيرك .

«لأنَّ ذلك لا يدعو إلى خير » .

والثـــانى : أنَّهُ محظور جُـملةً من غير تـفصيل كـالوطء، لقولهِ فى «الكتاب» : « لا يُقِّبل ولا يُبـاشر ولا يُلامس ولا ينظر إلى صدرها ولا إلى شعرها حتى يُكفِّر » .

والثالث : التفصيل بين القُبلة والمُباشرة والنظر إلى المحاسن ، وهو قولُهُ فى « المُدوّنة » [ق / ١٧٨ جـ] ولا يدخُل عليها بغير إذن .

والرابع : التفصيل بين الوجهِ وغيره مِن سائر المحاسن .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى دواعى الوطء ، هل هى كالوطء أم لا ؟

وَمَنْ فـرَّق بين القُـبلة والنظر إلى المحـاسن يقـول : القُبلـة والمباشـرة [والملامسة] (١) مقصودة فى نفسها ، والنظر إلى المحاسن مُرادٌ لغيرهِ ، لأنَّها مِن دواعى [الوطء] (٢) والمباشرة كما قدَّمناهُ فى « كتاب الصيام » .

وعلى هذا يتخرَّج الخلاف فى الظهار مِن الرتقاء والصغيرة ، لأنَّ الوطء منها لا يتمكن ودواعيهِ مِن القُبلة والمباشرة منهما متمكن .

وينبى [عليه] (٣) اختلافهم فى ظهار المجبوب والمعترض والشيخ الفانى وَمَنْ لا يقدرُ على الجماع هل يلزمُهم الظهار إذا ظاهروا مِن نسائهم أم لا ؟

فـمن رأى أنَّ دواعى الوطىء كـالوطء يقول يلزمـهم الظهـار ، لأنهم يستمتعون بما عدا الوطء مِن سائر أنواع الاستمتاع .

وَمَنْ رأى أنَّ دواعى الوطء ليست كالوطء قال لا يلزمهم الظهار ، وهو قولُ علىَّ بن زياد وسحنون .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : القبلة .

(٣) سقط من أ .

وفرق فى « المُدوّنة » بين المُتظاهر منهما وبين المعتدَّة وقال فى المُعتدَّة: لا يجوز النظر إلى شيءٍ من محاسنها ، وذلك أنَّ المُعتدَّة مُنحلَّة العصمة مختلة النكاح ، والمُتظاهر [ق / ٢٠٤ أ] منها ثابتة العصمة صحيحة النكاح .

وينبى الخلاف [ق / ٦٨ هـ] على الخلاف فى تأويل قولهِ تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ ، هل هو عامٌ فى جميع أنواع المُلامسة كما هو صريحُ مذهب مالك وجمهور العلماء أو مخصوص بالجماع ، كما بهِ قال «الحسن» و«عطاء والزُهرى وقتادة » .

والحمد للَّه وحدهُ .

المسألة الثامنة

فى العودة ما هى ؟ ، و [قد] [١] قال الله تبارك وتعالى : « ثُمَّ يعودون لما قالوا » **وقد اختلف العلماء فيها على أربعة مذاهب** :

أحدها : أنَّ العودة نفس لفظة الظهار لا أمرٌ زائدٌ عليهِ ، وبه قال مجاهد وطاووس فَحَمَلا قوله تعالى : ﴿ **ثم يعودون لما قالوا** ﴾ [أن يعود] [٢] إلى لفظ الظهار [الذى كانوا يطلقون به فى الجاهلية فيعودوا إليه فى الإسلام بعد نزول الآية بتحريمه فتجب الكفارة عليه بنفس الظهار] [٣] لأنَّهُ عاد إلى فعل الجاهلية .

والثانى : أنَّ العودة تكرار لفظ الظهار مرَّةٌ ثانية فإذا عاود اللفظ وكرَّرهُ وجبت عليهِ الكفَّارة ، وهو مذهب أهل الظاهر .

والثالث : أنَّ العودة نفس وجود الإمساك ، فمهما مضى لهُ [بعد الظهار] [٤] زمان يُمكنهُ أن يُطلِّق فيه [فلم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لأن إقامته زمانًا يمكنه أن يطلق فيه] [٥] ، دليلٌ على إرادة الإمساك ، وهو مذهب الشافعى .

والرابع : أنَّ العودة العزمَ على وطئها ، وهو مذهب أبى حنيفة وأحمد ابن حنبل رضى اللَّه عنهما .

وأمَّا مالك رضى الله عنهُ فقد اضطرب مذهبُهُ واختُلف أقوال أصحابهُ ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

وتحصيل اختلافهم يحصرهُ خمسةُ أقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدوّنة » :

أحـدها : أنَّ العزمَ على الوطء وعلى الإمساك ، وهو مشهور المذهب، وهى رواية أشهب عن مالك فى كتاب « ابن الموَّاز » .

فإذا عزمَ على وطئـها وأمسكها فقد وجبت الكفَّـارة عليه وإن ماتت أو طلَّقها ، وهذا نـصٌّ قوله فى الكتاب المذكور ، وبهِ قـال أصبغ ، وقال ابن عبد الحكم :أخبرنى بهذا أشهب عن مالك .

وقال القـاضى أبو الوليد البـاجى : « وليس مِن شرط العزم الإمـساك الأبدية ، بل لو عزم على إمساكهـا سنة ، كان عازمًا » ، وهذا القولُ قائمٌ مِن « المُدوَّنة » مِن قولهِ :لأنَّهُ كـفَّر قبل نيَّة العودة ، ولا يـنوى ذلك فيمن ليست فى عصمتهِ .

والثـانى : أنَّ العودة : العزم على الوطء خـاصة ، [فمتى] [١] عـزم على الوطء وجبت الكفَّارة ، وهو نصٌّ قوله فى « المُدوَّنة » .

والثالث : أنَّ العودة : العزم على الإمساك خاصةً ، [فمتى] [٢] عزم على الوطء : وجـبت الكفـارة ، وهذا قولٌ حكـاهُ ابن الجلاب عن مـالك ونحوُهُ لعبـد اللَّه بن عبد الحكم ، وعليهِ تأوّل يحيى بن عُـمر قولُ نافع فى الكتاب ، حـيثُ قال : « [وهو] [٣] لا يُريد المصاب إلا حـبس امرأتهُ » قلت : « وهذا بيِّن فى مُجرد العزم على الحبس » ، ويُؤخذ مِن « المُدوَّنة » أيضًا مِن : « مسألة الأمة التى تظاهر منهـا سيِّدها وليس لهُ مالٌ سواها » ، حيث قَـال : « يجوز لهُ أنْ يعـتقـها عن ظهاره » ، وهذا يقـطع أنَّ العودة

(١) فى هـ : فمهما .
(٢) فى هـ : فمهما .
(٣) سقط من أ .

ليست مِن شـرطها العزم على الإمـساك الأبدى كمـا فسَّر القـاضى أبو اليد الباجى .

فقولهُ فى هذه المسألة يحتمل ثلاثة أوْجه :

[إما] (١): العزم على الوطء وحده ، وإما العزم على الإمساك [وإما مجرد الإمساك] (٢) ، والوجهُ الأول والثالث أظهـر مِن الثانى لأنَّهُ لو عزم على إمساكها ما أعتقها .

والوجه الـثالث : [أيضًا] (٣) أظهر من الأول ، لأنَّ عتقَهُ إياها يُنافى العزم على الإصابة إلا على القول بأنَّ نفس وجود العودة تجب الكفَّارة طلَّق أو أعتق أو مات ، فيصحُّ وجهُ الأول والثانى .

والقول الرابع : أنَّ العودة : الوطء نفسهُ ، وهذا القول حكاهُ [القاضى أبو محمد عبد الوهاب] (٤) وغيرهُ عن مالك ، وكما قال أبو حنيفة .

فعلى هذا لا يلزمهُ الكفَّارة حتى يطأ ، ثُمَّ لا يطأ بعد ذلك حتى يُكفِّر، وقـالهُ جـماعـة مِن السلـف وحكاهُ أصبـغ عن مَن يرضى مِن [أهل] (٥) المدينة، وليس لهذا القول موضع يُستقرأ مِن « المُدوّنة » .

والقـول الخـامس : أنَّ العودة : الإمساك مجردًا أو البقـاء معها فمهما مضى [ق / ٩٥ ع] لهُ مِن بعد الظهار زمانٌ يُمكنُهُ أن يُطلِّق فيهِ ولم يُطلّق فيهِ ولم يُطلِّق وجبت عليهِ الكفَّارة كما يقول الشافعىَّ ، وعليهِ تأوّل القاضى

---

(١) فى أ : أحدها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : أبو محمد عبد الوهاب القاضى .

(٥) سقط من أ .

أبو الوليد بن رُشد [قول] [١] ابن نافع .

ووجهُ الـصواب فى هذه المسـألة وتصحـيحُ القولُ المُخـتار منهـا يتبـيَّن [ويتـضح] [٢] مِن طريق « السبْر والتقـسيم » ، وذلك أنَّ معنى العودة لا يخلو [من] [٣] أن يكون :

تكرار اللفظ والـوطء نفسـهُ والإمـسـاك نفـسُـهُ أو العـزم على الوطء والإمساك أو العزم على الإمساك :

وباطلٌ أن يكون « تكرار اللفـظ » أنَّ ذلك تأكيـد والتـأكيـد لا يُوجب الكفَّارة .

وباطلٌ أيضا أن يكون « إرادة الإمساك » أو « الإمساك مُجردًا » .

فإنَّ الإمسـاك موجود بنفس الظهـار وإرادة الإمساك دون إرادة الوطء لا يُؤثِّر ، ولو كـان العود نفس الإمـساك لكان الظِّهـار نفسـهُ يُحرِّم الإمـساك ولكان الظهارُ طلاقًا .

وباطلٌ أيضًا أن تكون العودة هى « الوطء نفسه » لقولهِ تعالى : ﴿ مِّـن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ .

فإذا بَطُلُت الأقسام كُلَّهـا : تعيَّن أن تكون العودة العزم على الوطء مع استـدامة العصـمة ، وهذا أشهـر أقوال المذهب ، وهذا الذى يصـير علـى البر .

فإذا ثبت ذلك فنحنُ بحمد اللَّهِ نُبيِّن شُبهة كل قول .

---

(١) فى أ : قال .

(٢) فى أ : يتصحح .

(٣) سقط من أ .

فشبهة الشافعية : أنَّ الإمسك يلزم منهُ الوطء ، فجعلوا لازم الشيء شبيها [ببابه] (١) ، ولأن الإمساك هو السبب فى وجود الكفَّارة وإنما ترتفع بارتفاع الإمساك .

وشبهة من يقول « الوطء نفسه شبيه الظهار باليمين » : فكما أنَّ كفَّارة اليمين إنَّما تجبُ بالحنث فكذلك الظهار ، وهو قياس [شبه] (٢) عارضهُ النصُّ .

وشبهة الظاهرية : تعلق بظاهر اللفظ وأنَّ « اللام » فى قوله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ على أصلها [وأما مالك والشافعى رضى الله عنهما فقدرا فى الآية محذوفًا وأن اللام فى قوله تعالى : ﴿لِمَا قَالُوا﴾ بمعنى فى](٣) والتقدير « **والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون** » أى : يُريدون العوْدة فيما قالوا ، ومَنْ لم يُقدِّرها هذا التقدير تجبُ الكفَّارة عندهُ بنفس الظهار [والحمد لله وحده] (٤) .

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : الشبه .
(٣) سقط من أ .
(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة التاسعة

فيــمن كفَّر قبل إرادة العــودة أو بعد العودة ثُمَّ طلَّق أو مــاتت قبل تمام الكفَّارة . ولا يخلو المُظاهِر مِن [ثلاثة أوجه : أحدها] [١]: أن يُكفِّر قبل إرادة العودة . أو كـفَّر بعد العودة . أو حـصلت العودة ثُمَّ [طلَّق] [٢] أو [مات] [٣] قبل أن يُكفِّر .

فإن كفَّر قبل أنْ يُريد العودة ، و [هو] [٤] مع ذلك يُريد أن يُطلِّقها .

هل تجزئُهُ تلك الكفَّارة إذا راجعها يومًا ما أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّها لا تُجزئُهُ ،حتى ينوى العــودة ، وهو قول محمد بن سحنون ، والثـانى :أنها تجزئه وهو ظـاهر قولُ ابن سحنونْ عن أبيـه أيضًا حـيثُ قال : « وأكـثر قـول أصـحابنا أنَّ مَنْ كـفَّر بـغيـر نيَّة العـودة [لا تجزئه][٦]» ، وذلك يدلُّ على أنَّ هناك مَنْ يقول «إنَّها تجزئُهُ » .

وأمَّــا [إن] [٧] كفَّر بعد وجـود العودة ثُمَّ [طلَّق أو مات] [٨] فـلا خلاف فى المذهب أنَّها تجزئُهُ ، ومتى تزوّجها كان لهُ أن يطأها بغير كفَّارة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : طلقت .

(٣) فى ع ، هـ : ماتت .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ ، جـ : من .

(٨) فى هـ : طلقت أو ماتت .

وأمَّا الوجهُ الثالث [إذا نوى العودة ثم طلق أو مات] [١] : فلا يخلو مِن أن يكون ذلك قبل الشروع فى الكفَّارة أو بعد الشروع فيها :

فإن كان ذلك قبل الشُروع فيها ، فهل تجب عليه الكفَّارة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يجبُ عليه أن يُكفِّر ، لأنَّهُ بنفس العودة تجب الكفَّارة ، وهو قول مالك فى كتاب « محمد » ، وبهِ قال أصبغ .

وقال محمد بن عبد الحكَم : « أخبرنى بهذا أشهب عن مالك وسواءٌ طلَّق أو مات » .

والثانى : أنَّها لا تجبُ إلا مع استدامة الملك ، وهو قولُ ابن القاسم في المدونة . فإن طلقها بعد الشروع في الكفارة هل يلزمه إتمامها وتجزئُهُ [إن][٢] أتمَّها أم لا ؟ [أما] [٣] على القول بأنَّها [واجبة] [٤] بنفس [وجوب] [٥] العودة » فلا تفريع .

وعلى القول بأنَّها [لا] [٦] تجب عليه فلا يلزمُهُ اتمامها ، وهل تجزئُهُ إن أتمَّها ؟ فلا يخلو مِن أن يكون الطلاقُ رجعيًا أو بائنًا :

فإن كان الطلاق رجعيًا فأتمَّها قبل انقضاء العدَّة أجزأته مِن أيِّ أنواع الكفَّارات كانت ولا خلاف فى ذلك .

وإن انقضت العدَّة قبل أن يُتمَّها وكان الطلاق بائنًا فهل تجزئُهُ إن أتمَّها أم

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : ولها .
(٤) فى أ : وجبت .
(٥) فى أ : وجود .
(٦) سقط من أ .

لا ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّها تُجزئُهُ إذا أتمَّها وهو ظاهر قولُ ابن القاسم فى « الكتاب » حيثُ قـال : « إذا طلَّقهـا قبل أنْ يمسَّهـا وقد عمل فى الـكفَّارة لم يـلزمهُ إتمامها» ، وظاهرهُ : أنَّهُ يُجزئُهُ التمادى علـيها لأنَّهُ إنَّما تكلَّم على اللزوم ، وهو نصٌّ قول ابـن نافع فى « المُدوّنة » حيـث قال : « وإنْ تمادى أجزأه إذا أراد العودة » ، وظاهرُهُ أن لا فرقَ بين انقضـاء العدَّة وعدم انقضائها ، ولا بين الصيام والإطعام ، وهو نصٌّ قول عبد الله بن عبد الحكم فى «النوادر».

والثـانى : أنَّها لا تُجزئُهُ ، و [أنه] [(١)] إذا تزوَّجها يبتدئ الكفَّارة فيها كانت صيامًا أو طـعامًا ، وهو قول مالك وابن القاســم وابن وهب وأشهب فى « النوادر » .

والـثالـث : التفصيل بين الصيام والإطـعام ، وأنَّهُ يُتم على الإطعام ، ويستأنف الصيام إذا تزوّجها ، وهو قول أصبغ فى « النوادر » .

وسبب الخلاف : هل مَن شروطُ [وجوب] [(٢)] الكفارة استدامة الملك أو ليس مِن شروطهِ ؟

فمن اشـترطهُ قال : لا تجب الكـفَّارة إذا طلَّق أو مات لأنَّهُ [إنمـا كفر ليطأ] [(٣)] .

ومن لم يـشترطهُ ، قـال : تجب بنفس وجـود العودة وهذا أظـهر فى النظر.

والحمد للَّه وحدهُ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : إنما يكفر أو يطأ .

المسألة العاشرة

فى ظهار العبد وما يجوز [له] [١] أن يُكفِّر بهِ . ولا خلاف أعلمُهُ فى المذهب أنَّ العبد لا يجوز لهُ أنْ يكفر بالعتق ، وإنْ أذن لهُ سيدهُ إذْ الولاء لغيرهِ .

وعلى هذا جميعُ العلماء إلا داوود وأبو ثور فإنَّهما جوّزا للعبدِ الكفَّارة بالعتقِ .

وأمَّا الإطعام فلا يخلو مِن أنْ يأذن [له] [٢] سيدهُ فيهِ أو لم يأذن :

فإن لم يأذن لهُ فى الإطعام فلا خلاف أعلمهُ فى المذهب نصًا أنَّهُ يجوز لهُ الكفَّارة بالإطعام .

والقياس : الجواز إذا كان العبد غير [ق / ١٧٩ جـ] قادرٍ على الصيام، لأنَّهُ حقٌ متعلق بالمال [فوجب] [٣] اقتضاؤه منهُ ، أصلُ ذلك الجنايات التى لم يأذن لهُ فيها ، ومع ذلك يتعلَّق بمالهِ إذا جنى ، لأنَّ السيد إذا اختار تسلُّيمهُ فى الجناية أسلمهُ بمالهِ على مشهور المذهب .

فإن شئت فقس ظهارهِ على ما أذن لهُ فيهِ من المعاملات إذا تركبه منهُ الدين ، لأنَّ الإذن بالمُعاملات يُشعر بالإذن فى المُداينات ، والإذن فى النكاح يُشعر بالإذن فى توابعهِ ومن توابعه الظهار وهذا لازمٌ للمذهب .

فإن أذن لهُ السيد فى الإطعام وهو عاجز عن الصوم ، هل يجزئُهُ أم لا؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة »** :

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

أحـدهـمـا : أنَّهُ يُجزئُهُ ، وهو قـولُ ابن القاسم فى كفَّـارة اليمين باللَّه تعالى .

والثـانى : (ق / ٢٠٥ أ) أنَّهُ لا يُجزئُهُ ، لأنَّ الإطعـام يخرج إلى ما يعطاه وفيهِ ملك للسيِّد بعدما أذن لهُ [ولو شاء رجع فيه] (١) ، وهو قول [ق / ٦٩ هـ] عبد الملك فى « المبسوط » ، ومثلُهُ لابن دينار ، وهو ظاهر قوله فى « المُدوّنة » : « ليس على العـبدِ عتقٌ ولا إطعام ، ولـو وجد مالاً يُطعم ويعـتق » ، ولكن يصوم ، ويُؤخـذ أيضًا مِن تعليل ابن القـاسم فى كفَّارة اليمين بقولِهِ : « كأجنبى كفَّر عنه ، إذا أذن لهُ السيِّد فى الإطعام » .

وأشهب يقـول : « لا تجزئُهُ إذا كـفَّر عنهُ الأجنبى ، وإن كـان بأمرهِ ، فإنَّهُ يلزم أيضًا على قول أشهب ألا يجور وإن أذن لهُ السيِّد .

فإن عجز العبدُ عن الصيام ولا عندهُ مِن المال [ما يكفر به] (٢) إذا أذن لهُ السيِّد على قولٍ ، فإنَّهُ لا يدخُل عليهِ الإيلاء ، لأنَّهُ ليس بمَضار .

وأمَّا كفَّارتهُ بالصيام : فلا يخلو [من] (٣) أن يكون الصيام يضرُّ بالسيِّد أولا : فإن كـان لا يضرُّ بهِ فلا خـلاف أنَّ ذلك كفَّـارتهُ ، وأنَّهُ إن تركهُ مع القُدرة عليهِ فإنَّهُ يدخُل عليه الإيلاء لأنه مضار .

وإن كان الصيام يضرُّ بالسيِّد فى كون العبد يضعفُ عن الخدمة ، هل لهُ أن يمنعَهُ منهُ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحـدهمـا : أنَّ للسيد أن يمنعَهُ مِن الصـيام ، وهو قولُ ابن القاسم فى

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ما يكفرهما .

(٣) سقط من أ .

كتاب « الحجِّ الثالث » مِن « المُدوَّنة » .

[**والثانى**] [(١)] : [أنه] [(٢)] ليس لهُ منعُهُ ، وهو قول عبد الملك وأصبغ فى كتاب [ق / ٩٦ ع] ابن حبيب ، ومثلُهُ فى كتاب « ابن الموّاز » .

وسببُ الخلاف : الإذن فى النكاح ، هل هو إذن فى توابعهِ أم لا ؟

وعلى القول بأنَّ للسيد أن يمنعهُ مِن الصيام ، هل يدخُل عليهِ الإيلاء إنْ رافعتهُ أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يدخلُ عليهِ الإيلاء ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب «ابن حبيب » .

والثانى : أنَّهُ لا يدخلُ عليهِ الإيلاء ، ولا كلام لامرأتهِ إذا منعهُ [سيده][(٣)] الصيام ، وهو قول أصبغ فى « كتاب النوادر » .

وقد وقع لمالك رحمهُ اللَّه فى « المُدوَّنة » [لفظة مشكلة] [(٤)] حارت أذهان المُتأخرين فى تأويلها ، وتنزيلها على المألوف مِن مذهبهِ [وعلى وفق][(٥)] ما نصَّ اللَّه عز وجل عليهِ فى كتابه ، [وهو قوله] [(٦)] فى العبد المُظاهر : « أحبُّ إلىَّ أنْ يصوم وإنْ أذن لهُ سيِّدُهُ فى الإطعام ، فالصيام أحبُّ إلىَّ منهُ » .

وقال ابن القاسم عُقْبيهِ : « بل هو الواجب عليهِ ، وليس [يطعم] [(٧)]

---

(١) فى أ : والثالث .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أهله .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : على نحو .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

أحدٌ إلا وهو [لا] (١) يستطيع الصيام » .

وقد صرَّح ابن القاسم بتوهَّم قولُ مالك فى « المبسوط » ، وقال : « لا أدرى ما هذا ، ولا [أرى] (٢) جوابهُ إلا وهمًا ولعلَّ جوابهُ فى كفَّارة اليمين .

وهذا [منه] (٣) بناءً على أنَّ « أحبُّ » على بابُها فى الاستحباب ، ولذلك قال : « بل هو فرضهُ » .

وأمَّا المتأخرون فقد اختلفوا فى تأويل ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أن يُقال : يُحتمل أن يكون إنَّما قال ذلك ، لأنَّ إذن السيِّد فى الإطعام لا يُفيد الملك التام [للعبد] (٤) ، إذْ لهُ الرجوع فيما أذن لهُ [فيه](٥)، وانتزاع أصل مالهِ ، فلأجل هذا قال : « الصيامُ أحبُّ إلىَّ منهُ»، وهذا تأويل القاضى إسماعيل .

وعُورض هذا بأن يُقال : « إنَّما يُتصور ذلك ، فيمن أُبيح لهُ الإطعام لعجزهِ عن الصيام .

وأمَّا مَنْ قدر عليهِ فهو فرضُهُ » .

وعُورض أيضًا : بالمكفر عن غيرهِ لأنَّ الكفَّارة لم تخرج مِن يدهِ إلا إلى أيدى المساكين .

والقول الثانى : أنَّ معنى قوله : « أحبَّ إلىَّ » لأنَّهُ عجز عن الصوم ،

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : أدرى .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من هـ .
(٥) سقط من أ .

فكان أحبُّ إليهِ أن يُؤخّر حتى يقوى عليهِ .

وهذا تأويل إسماعيل القاضى أيضًا والشيخ أبى بكر الأبهرى .

وعورض هذا التأويل بأنَّ مَنْ هـذا سبيلُهُ ، [ويُطعم] [(١)] مع القُدرة على الصيام بالقُرب أنَّ فرضَهُ التأخير حتى يقوى ، فليس للاستحباب ها هُنا وجه ، وإنْ كان لا يقوى ولا تُرجى لهُ قُدرة بالقُرب ففرضُهُ الإطعام ، [ولا] [(٢)] وجه لذكرِ الصوم .

والقول الثالث : أنَّ ذلك الكلام مَنْ مالك تجوز ومعناهُ : أنَّ السيِّد أذن للعبدِ فى الإطعام ومنعهُ مِن الصوم ، فتردّد فى ذلك هل للعبد أن [يعدل][(٣)] إلى الإطعام مع قُدرتهِ على الصيام أو ليس منع السيِّد من الصيام عذر [بين] [(٤)] كما به يقول عبد الملك وابن دينار . أو ذلك عُذرٌ مانعٌ مِن الصيام لحقِّ السيِّد وأنَّ لهُ أنْ يمنعهُ إذا استضر بذلك كما به قال مالك وابن القاسم ، فتردَّدَ هذا عند مالك، وقال : « الصومُ أحبَّ إلىَّ [أى إذن السيد له فى الصيام أحب إلىّ] [(٥)] مِن إذنه فى الإطعام » ، وهذا تأويل بعض المتأخرين، وهو أشبه مِن كُلِّ [ما] [(٦)] تقدَّم مِن التأويل ، فإذا كان هذا هكذا ارتفع الإشكال لأنَّ ترتيب كفَّارة الظهار على العبد كترتيبها على الحُر .

والقول الرابع : [أن] [(٧)] قوله : « أحبُّ إلى » [أى علىّ بأنه] [(٨)] من

---

(١) فى هـ : ويطمع .

(٢) فى أ : فلا .

(٣) فى أ : يعيد .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ ، جـ : من .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : غاية .

ترجيحِ أحـد الأمرين ولا يكون وهمًـا ولا يجوز وهو : أن يكون تـرجيح الصوم أوْلى وإن منعَـهُ السيِّد منهُ مع قُدرتهِ عليهِ ، وهــو قولُ محمد [لأنَّهُ قال] (١) : « إذا أذن لهُ سيِّدُهُ فى الإطعام ومنعه الصوم أجزأه وأصوب أنْ يُكفِّر بالصيام » .

وهذا تأويل القاضى أبى الفضل رحمهُ اللَّه .

وأمَّا ظهارُ الحُرِّ المحجور عليهِ فلا يخلو مِن أن يكون مُوسرًا أو مُعسرًا :

فإن كان معسرًا وهو قادرٌ على الصيام ففرضُهُ الصيام .

فإن ترك أن يُكفِّر به كان مضارًا ويدخلُ عليه الإيلاء .

فإن كان عاجزًا عن الصيام ، فليس بمُضار .

فإن [كان] (٢) مُوسرًا وقادرًا على العِتق فهل يُكفِّر بالعتق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّـهُ يُكفِّر بالعتــق وإن لم يأذن لهُ وليُّهُ إذا كان مـليًا ، وهى رواية عبد الملك عن الحسن عن ابن وهب فى « العُتبيَّة » .

والثانى : التفصيل بين أنْ تكون الكـفارة أيسر عليه . والتزويج أضرَّ بهِ كفَّر عنه [بـالعتق] (٣) ، وإن كان [تكفـيره عنه] (٤) أضرَّ عليـهِ فى مالهِ [مـن] (٥) ابتداء النكاح لكـون العِتق [يجحف] (٦) بمالهِ ولأنه ممـا يتكرر

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى أ ، جـ : كفارته .

(٥) فى أ : فى .

(٦) فى أ : يخفف .

[عليه] [١] اليمين بالظهار وهو رجلٌ مطلاق فلا يُكفِّر عنهُ .

وهو قول سحنون وجماعة مِن عُلمائنا فى « العُتبيَّة » .

وعلى القول بأنَّهُ لا يُكفِّر عنه الولى ، فلا يخلو مِن أن يكون قادرًا على الصيام أم لا :

فإن كان قادرًا عليه ، هل يجوز لهُ أن يُكفِّر بالصيام [أم لا ؟ فالمذهب على قولين : **أحدهما** : أنه يكفر بالصيام ويجزئه] [٢] وهو قول ابن الموَّاز.

[**والثانى** : أنَّهُ لا يجزئُهُ الصيام ، لأنَّهُ مُوسر بالعتق والإطعام .

وعلى القول بأنَّهُ لا يجوز لـهُ أن يُكفِّر بالصيام إذا] [٣] طلبـت امرأتُهُ الفراق هل يُعجل عليه فى الحال أو يضرب لهُ أجل المولى ؟

فالمذهب على قولين .

والحمد للَّه وحده .

---

(١) فى أ : منه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة الحادية عشر

فى كفَّارة الظهار . وهى ثلاثةُ أنواع :

صيام ، وعتق ، وإطعـام . ولا خلاف بين العُلماء أنَّها علـى الترتيب العِتق ثُمَّ الصيام ثُمَّ الإطعام .

فإذا قدر على العِتق فلا يجوز لهُ العُدول إلى غيرِه .

وهو يصحُّ بأربعة شروط :

أن تكون الرقبة مؤمنة سالمة مِن العُـيوب التى لها قدر وبال . ليس فيها عقد حُرِّية ، ويصحُّ للمُكفِّر مِلكها بعد الشراء وقبل العتق .

وهذه جُملة متفق عليهـا ، فإنْ انخرم وصفٌ مِن هذه الأوصاف كانت مسألة خلاف .

وقولُنا : « مُومنة » احترازًا من أن تـكون كافرة ، ولا خلاف عندنا فى الكافر الكـبير الوثنى والكتـابـى أنَّه لا يُجزئُهُ لأنَّ الـلـــه تبارك وتعـــالى شرط الإيمان فـى العتق لقتـل النفس ، وذلك مِـن باب حمل المُطلـق على المقيد .

وقد اختلف فيه الأصوليون ، ومِن طريـق المعنى فإنَّهُ لا يُتقرب إلى الله تعالى بعِتق أعدائه .

واختلف إذا كان مِمن يُجبر على الإسلام كصغار المجوسيين على الوِفاق وكبارهم [وصغار الكتابيين] [1] على الخلاف ، لأنَّهُ قد قدّمنا فى « كتاب الجنائز » أنَّهُ : لا خلاف فى صغار المجوسيـين إذا ملكوا أنهم يُجبرون على

---

(١) سقط من أ .

الإسلام ، وفى [كبارهم] [١] قولان [ولا خلاف فى كبار الكتابيين أنهم لا يجبرون على الإسلام وفى صغارهم قولان] [٢] .

وهذا عقدٌ صحيح فاعتمده .

وانظر قول ابن نافع فى « كتاب التجارة إلى أرضِ الحرب » . وهل يجوز عتقُهُم فى [الكفارات] [٣] أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ يُجزئُهُ ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » حيث قال : « لا بأس بعِتق الأعجمى فى الكفَّارات » .

والثانى : أنَّهُ لا يُجزئُهُ جملةً ، وهو قول ابن وهب وأشهب .

والثالث : التفصيل بين المجوسى والكتابى [فيجوز المجوسى والكتابى][٤]على التفصيل بين أن يُولد فى مِلك المُسلم أو سبى مِن بلاد الحرب .

فإن وُلد فى ملك المُسلم فقولان :

أحدهما : أنَّ لهُ حُكم المُسلم لأنَّهُ على فطرة الإسلام ، وهو قول أبى مصعب .

والثانى : أنَّهُ لا يجزئُهُ إذا وُلد فى مِلك المُسلم ، وإن وُلد فى أرض الشرك وسبى وحده دون أبيه فإنَّهُ يُجزئُهُ ، وهذا القولُ حكاهُ ابن حبيب ، و [هو] [٥] قول عبد الملك بن الماجشون فى [« الاتباع »] [٦] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الكفارة .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ع ، هـ : الابتياع .

وسببُ الخلاف : من ملك أن يملك هل [يُعدُّ مالكًا] (١) قبل أن يملك أم لا ؟

وقولنـا : « سالمة مِن العُـيوب التى لها قـدر وبال » وهى على خـمسة أقسام :

عيوب الخِلقة .

وعيوب الأخلاف .

وعيوب الدين .

وعيوب الذِّمَّة .

وعيوب [النسب] (٢) .

فأمَّا عُيوب الخِلقة : فإنَّها تنقسم على خمسة أقسام :

عيبٌ يمنعُ مِن السعى والقيام بنفسهِ .

وعيبٌ لا يمنع السعى وهو يسير [وعيب يسير] (٣) شأنُهُ [التناهى] (٤) لجميع الجسد .

وعيبٌ كبير يعمُّ الجسد ، وعيبُ يـخص الجسد ولا يُؤثر فى العجز عن السعى .

فأمَّا الأوَّل : « وهو العيب الذى يمنع السعى والقيام بنفسهِ » لأنَّها زمانةٌ أو ما فـى معنى الـزمانة : لمـا تعطَّل الانـتفاع بنـفسه فـذلكَ غيرُ جـائز ،

---

(١) فى ع ، هـ : يقدر كالمالك .

(٢) فى هـ : النسبة .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : التنامى .

[كالأعمى] (١) والمُقعد والفالج وزوال العقل .

وإن كان بعضُ الجسد كالشلِّ وقطعُ اليد والأصابع وغير ذلك ممَّا [يعطل] (٢) اليد أو بعضها أو يَفسُد استعمالها .

وأمَّا الثاني : « وهو العيب اليسير الذى لا [يمنع السعى ولا] (٣) يخشى [تناهيه] (٤) » [فذلك جائز] (٥) كالمرض الخفيف أو قطع الأنملة والجدع من الأذن وذهاب بعض الأسنان والصمم الخفيف .

وأمَّا الثالث : « وهو عُيبٌ يسير وشأنُهُ [التناهى] (٦) بجميع الجسد كبداية [ق / ٩٧ ع] الجُذام والبرص واختلف هل يجزئ أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ [لا] (٧) يُجزئُهُ جُملةً ، وهو قولُ ابن القاسم .

والثانى : التفصيل بين اليسير والكثير فاليسير يُجزئُهُ والكثير لا يُجزئُهُ ، وهو قول أشهب فى البرص الخفيف ، ويُقاسُ عليهِ قليلُ الجزام أيضًا . ،

وأمَّا الرابع : وهو عيب كبير [ق / ١٨٠ جـ] يـعمُّ جميع الجسد ، كالجذام والبرص فهو غـير جائز وإن لم يمنعهُ السعى (ق / ٢٠٦ أ) وقالهُ ابن حبيب فى الشلل .

وأمَّا الخامس : وهو عيب يسير يخص بعض الجسد ولا يُؤثر فى الجسد

---

(١) فى أ : كالعماد .

(٢) فى أ : تنفصل به .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : تناميه .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : التنامى .

(٧) سقط من أ ، جـ .

فى العجـز عن السعى ولا يُخشى [تـناهيه] [١] كالعَـوَر والصمم والـعرج والخصى ، فقد اختُلف فيه هل يُجزئُهُ أم لا ؟

أمَّا العَوَرْ : ففى المذهب قولان :

الجواز ، وهو قولُهُ فى « المُدوّنة » .

والمنع ، وهو قـولهُ فى « كتاب محـمد » لأنَّ العور عيبٌ كـبير أذهب عضواً شريفًا مقدَّرًا مِن الحر بنصف الديّة إلا أنَّهُ لا ينقص من السعى .

وفى العرج ثلاثة أقوال :

الجواز مُطلقًا .

والمنع مُطلقًا .

والتفصيل بين العرج [اليسير] [٢] والعرج الكثير .

والثلاثة أقوال لِمالك فى « الكتاب » .

وأمَّا الخصى : فقد اختلف فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : الكراهة ، وهو قولُهُ فى « المُدوّنة » .

والثـانى : أنَّهُ لا [يجزئ] [٣] وإن كان خصيًّا [غير مجبوب] [٤] ما أجزأ .

والثالث : أنَّهُ يُجزئ، وهو قولُ أشهب فى « كتاب محمد » .

وأمَّا عيـوب الأخلاق : كالزنا والسرقة والإباق ، فلا خلاف أعلمهُ فى

(١) فى هـ : تناميه .
(٢) فى هـ : الخفيف .
(٣) فى أ ، جـ : يجزئه .
(٤) سقط من أ .

المذهب أنَّهُ لا يُؤثر وأنَّهُ يجوز .

وأمَّا عُيوب الدين : فكونهِ كتابيًا أو مجوسيًا ، وقد تقدَّم الكلام عليهِ .

وأمَّا عيوب الذِّمة : فكونُهُ ترتَّب عليهِ فى ذمَّته ديون الناس فإن ذلك لا يمنع مِن الإجزاء أيضًا [وأما عيوب النسب : فكونه ولد الزنا فإن ذلك لا يمنع من الإجزاء أيضًا] (١) .

وقولُنا : « ليس فيها عقد حُريَّة احترازًا مِن المدبر و أم الولد والمكاتب والمعتق إلى أجل والمُعتَق بعضُهُ .

[فأما أم الولد والمعتق بعضه] (٢) [ق / ٧٠ هـ] فلا يجزئه كان [ذلك] (٣) مِلكًا للمُكفِّر أو لغيرهِ .

[وكذلك المدبر والمُكاتَب لأنَّهُ وضع خدمته أو وضع مال] (٤) واختُلف إذا اشتراهما وأعتقهما **على ثلاثة أقوال** :

أحدهما : أنَّ العتق مردود ولا يُجزئ ويفسخ البيع فيهما .

والثانى : أنَّ العتقَ ماضٍ ولا يُجزئُهُ .

والثالث : أنَّ العتقَ ماضٍ ويُجزئُهُ .

وهذه الأقوال كُلُّها قائمة مِن « المُدوّنة » .

أمَّا المُكاتب : فسببُ الخلافُ فيهِ إذا كان البيع برضاه هل لهُ أنْ يُعجز نفسهُ أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

فمن رأى أنَّ لهُ أن يعجز نفسهُ وإن كان [له] [١] مال ظاهر قال : « لهُ نفوذ العِتق والإجزاء » .

وَمَنْ رأى أنَّهُ لا يـعجز نفسـهُ قال : البيـع وقع على غيـر الجواز وهل يفوت بالعتـق ؟ فيتخرَّج [الخلاف] [٢] فيهِ على الاختلاف فـى الكتابة هل هى بيعٌ أو عتق ؟

فعلى القول بأنَّها بيع قال : العتق فوات ويُجزئ.

وعلى القول بأنَّهُ عتق قال : العـتق ليس بفوات لأنَّ ذلك مِن باب نقل الولاء .

واختُلف فى عبدٍ بينه وبين غيـرهِ إذا أعتق جميعه عن ظهاره [أو أعتق منه ما يملك عن ظهاره] [٣] ، ثُمَّ اشترى النصف الباقى فأعتقه عن ظهاره وكان فى حين العِتق مُوسرًا أو مُعسرًا أو كان عبـدًا مَلَك جميعه فعتق نصفهُ عن ظهارهِ ثُمَّ أعتق الـنصف الباقى أو حكم بهِ عليه السـلطان ، هل يُجزئُهُ ذلك العِتق عن ظهارهِ فى جميع ما ذكرنا وتبرأ ذمَّتهُ أم لا ؟

فأمَّا عبدٌ بينهُ وبين غيرهِ إذا أعتق جـميعه أو أعتق بعضه وكان مُوسرًا . على القول بالسراية فينبغى أن يُجزئهُ فى هذا الوجهِ بلا خلاف .

وأمَّا إذا أعتق نصفهُ وكـان جميعهُ لهُ ثُمَّ استكمل علـيهِ باقيهِ أو اشترى النصف الباقى [ليس] طرأ بعد العتق أو قُوِّم عليه نصيب شريكهِ ، إن كان مُوسرًا يوم أُعتق ، هل يجزئُهُ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّ ذلك لا يُجزئُهُ ، وهو قول ابن القاسم فى المُدوَّنة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

والثانى : أنَّ ذلك يُجزئُهُ ، وهو قوله [فى] (١) العُتبِيَّة فى عبدٍ يملكُ جميعهُ إذا أعتق [نصفهُ] (٢)، ثُمَّ جبرهُ السلطان على عتق الباقى أنَّهُ يُجزئُهُ .

وقال بعض المتأخرين : ولا فرق بين أن يكون جميعهُ لهُ أو [يكون](٣) شركةٌ بينهُ وبين غيرِهِ .

وقولنا : « ويصحُّ للمُكفِّرِ [ملكها] (٤) بعد الشراء وقبل العتق احترازًا مِمن لا يصحُّ تملُّكُهُ بعد الشراء [وذلك] (٥) **على وجهين** :

أحدهما : أن يكون المنعُ مِن جهةِ الشرع .

والثانى : أن يكون مِن جهة الشرط .

فإن كان المنع مِن جهة الشرع كذوى القُربى الذين أوجب الشرع عتقهم وحرّم اقتناءهم .

فإذا اشترى أباهُ ونوى أن يعتقهُ عن ظهارهِ فلا يخلو [من] (٦) أن يتعلَّق بذلك حقّ الغير أم لا :

فإن لم يتعلق بذلك حقٌّ لأحد فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ لا يُجزئُهُ .

وإن تعلَّق بذلك حقٌ [لأحد] (٧) ، كغريم لهُ عليهِ ما يغترق ذمَّتهُ مِن الدين فأذن لهُ أن يشتريه ويعتقهُ عن ظهارِهِ أو اشتراهُ بغير إذن الغُرماء

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بعضه .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : عتقها .

(٥) فى أ : أن ذلك .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ ، جـ : لغيره .

[فأذنـوا] (١) لهُ فى العتق بعد الشراء فهل يُجزئُهُ أم لا ؟ **فالمذهب يتخرّج على قولين :**

أحدهما : الجواز .

والآخر : المنع .

وهذا على القول بأنَّ البيع ينعقد فيهِ إذا اشتراهُ وعليهِ دين يغترقه .

فإن كان المنع مِن جهةِ الشرط مِثل عبد اشتراهُ بشرط العتق أو عبد قال : إن اشتريتهُ فهو حرٌّ فهل يُجزئهُ عن ظهاره أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أنَّهُ لا [يجـزئه] (٢) ، ولا تبرأ به الذمّـة ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » ، لأنَّها ليست برقبة تامَّة .

والـثانـى : أنَّ ذلك يُجزئُهُ ، وهو ظاهر قـولُ ابن كنانة فى شرح « ابن مزين » حيث قال : « إن كان جاهلاً يُؤمر بالإعادة » .

وقال ابن القاسم فى موضعٍ آخر : « إن كان عالمًا بأنَّ ذلك لا ينبغى لم يجزئُهُ وإن كان لا وضيعة فى ثمنهِ أجزأهُ » .

وهذا مِثل ما أشار إليه ابن كنانة ، ولابن القصار مِثل ذلك .

واختُلف إذا عتـق عنهُ الأجنبى بإذنهِ أو بـغير إذنهِ على ثلاثة أقـوال كُلّها منصوصة فى « المُدوّنة » :

أحدها : أنَّهُ يُجزئُهُ جملةً ، وهو قول ابن القاسم .

والثـانى : أنَّ ذلك لا يُجزئُهُ [وهو قول الغير فى الكتاب . **والثـالث** :

---

(١) فى أ : فأذن .

(٢) فى أ : يجوز .

التفصيل بين أن يكون ذلك بإذنه فيجوز أو بغير إذنه فلا يجوز] (١) ، وهو قول ابن القاسم أيضا وهذا كلّهُ إذا صحَّت العودة مِن المُتظاهر .

وأمَّا الصيام : فشهران متتابعان كما قال الله عز وجل فى كتابه فمن أتى [به] (٢) مفترقًا ، فلا يخلو مِن أن يكون ذلك لعُذرٍ أو لغير عُذر :

فإن كان ذلك لعُذر فلا يخلو مِن أن يكون ذلك لهُ اختيار أو لا اختيار لهُ فيه [فإن كان عذرًا لا اختيار له فيه] (٣) :

كعُذر المرض فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ يُعذر ويجوز لهُ البناء على ما صام قبل المرض .

فإن كان لهُ فيهِ عُذر اختيار كالنسيان أو أخطأ فى العدد أو جهل بالحُكم هل يُعذر بهِ أم لا ؟ **فالمذهب يتخرَّج على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ يُجزئُهُ البناء ويكون معذورًا جُملةً ، وهو ظاهر قول مالك فى « المُدوّنة » فى الذى صام ذا القعدة وذا الحجَّة جاهلاً فظنَّ أنَّهُ يُجزئُهُ حيث قال : إنَّهُ يُجزئُهُ ويحتمل أن يكون جهلُهُ بالحكم أو بتعيين الشهور وعلى هذا يجزىء الناس .

والذى أخطأ العدد داخلٌ فى النسيان ، وهو قول محمد بن عبد الحكم لأنَّهُ ساوى بين المرض والنسيان .

[**والثانى** : أنه لا يجزئه ولا يعذر بجهل ولا نسيان وهو قوله فى كتاب محمد فى النسيان] (٤) ، ويُقاسُ عليهِ ما عداهُ مِن أنواع الأعذار التى

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : بهما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

مازجتها شائبة الاختيار .

والقول الـثالث : التفصيل بين الجهل والنسيان ، فيُعذر بالنسيان والخطأ في العدد ، ولا يُعـذر بالجهل في مشروعية الـتتابعُ في صيام الظـهار قياسًا على الصلاة .

وهذا القول لبعضِ المتأخرين .

وإن كان ذلك لغير عُذر فلا خلاف أنَّهُ يبتدئ .

وأمَّا الإطعام : فإنَّهُ [يجوز] (١) العُدول إليه ويصحٌّ التكفير بهِ إذا كان المُتظاهر عاجزًا عن الصوم وعجزُهُ على وجوه :

إمَّا أن يكـون لمرض أو لضعـف [بيِّن] (٢) أو مِثـل المتعطـش الذى لا يستطيع معهُ [الصوم] (٣) جملةً .

وإن كان يقدر عليه فى زمان البرد ولا يـقدرُ عليه فى زمان الحر ، فهل يجوزُ لهُ الإطعام أو يُؤخَّر إلى زمان البرد ؟ **قولان** :

أحدهـما : أنَّهُ يُؤخَّر ، وهو قول ابن القاسم فى الذى يطول بهِ المرض أنَّهُ ينتظر .

والـثانـى : أنَّهُ يُطعم ولا يُـؤخَّر ، وهو ظاهر قول أشهب فـى مسألة المريض أيضًا .

وأمَّا المرض : فهو على أربعة أوجه :

قريـب البُرء ، وبعـيدهُ ، و [موئـس] (٤) مـن البُرء ومـشكـوك

---

(١) فى ع ، هـ : يجب .

(٢) فى ع ، هـ : بنيته .

(٣) فى أ : العطش .

(٤) فى أ ، جـ : آيس .

[فيه][١] .

فإن كان البُرء قريبًا لم يُجزئه الإطعام [ويجزئه] [٢] مع [الإياس][٣] .

واختُلف إذا كان يُرجى [فيه بَعد] [٤] بُعد أو شك فيهِ على قولين :

أحدهما [ق / ٩٨ ع] : [أنه يجوز له الإطعام وينتظر البرء وهو قول ابن القاسم فى المدونة والثانى :] [٥] أنَّهُ لا يجوز [له] [٦] الإطعام ولا يلزمهُ [الإنتظار][٧]، وهو قولُ أشهب فى « المُدوّنة » لقولهِ تعالى : ﴿ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ ﴾ وهذا غير مستطيع .

ولا يُعترض على هذا بقليل المرض لأنَّ القليل فى معنى العدم .

فإذا ثبت ذلك فالكلام فيهِ [فى] [٨] **ثلاثة مواضع:**

أحدها : فى قدْر [الطعام] [٩] .

والثانى : فى جنسهِ .

والثالث : فيمن يجوز لهُ أخذُ الكفَّارة .

فأمَّا قدرُ الطعام : فقد اختلف فيهِ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنُّ يُطعم مدًا بُمد هشام كُلُّ واحد مِن [المساكين] [١٠] وهو

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ ، جـ ويجوز .

(٣) فى هـ : اليأس .

(٤) سقط من أ ، ع .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيه .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى ع ، هـ : الإطعام .

(١٠) فى هـ : الستين .

قول مالك فى « المُدوّنة » .

والثانى : أَنَّهُ يُطعم كُلُّ واحد مُدَّين بمدِّ النبى ﷺ .

والثالث : أَنَّهُ يُطعم [مدًا] (١) بمدِّ النبى ﷺ ، وهو قول القاضى أبى الحسن بن القصَّار ، وهو قول عبد الملك بن الماجشون فى الغداء والعَشَاء . فجعلهُ مثلُ كفارة اليمين باللَّه تعالى .

واختُلف فى قدْر مُد هشام على أربعة أقوال :

أحـدها : أنَّ قدرهُ مُدَّان إلا ثُلُث بمدِّ النبى ﷺ ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثـــانى : أَنَّهُ مُدَّان بمدِّ النبى ﷺ ، وذكـرهُ البغـداديون عن معن بن عيسى .

والثالث : أَنَّهُ مُد ونصف .

والرابع : أَنَّهُ مُد وثُلث ، وهو قول ابن حبيب .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى كفَّارة الظهار هل يُردَّ حُكمُها إلى كفَّارة اليمين فتحمل عليها أو تحمل [على] (٢) كفَّارة الأذى ؟

وذلك أنَّ الله تبارك وتعالى أوجب ثلاث كفَّارات فى كتابه .

فكفَّارة اليمين . وهى [مـقيدة] (٣) لقوله تـعالى : **﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾** و [كفارة] (٤) الأذى : وهى مُقيَّدة بقول الرسول عليه السلام : «مدان لكلِّ مسكين » .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) فى أ : إلى .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

وكفَّارة الظهار وهى مُطلقة غير مُقيَّدة بشىء .

فهل تُردُّ إلى فدية الأذى ؟ لأنَّها الغاية ، والزوجة [محرمة] (١) بما عَقَد فيها مِن الظهار فلا تباح إلا بالأشدِّ فيه وهو [أعلى الكفارات] (٢) .

وقيل : « تُردُّ إلى كفَّارة اليمين [بالله تعالى لأن] (٣) الظهار يمين (ق/ ٢٠٧ أ) تكفر فأشبهت اليمين بالله تعالى .

وقد قيل [أيضًا] (٤) وليس فى العِزق الذى أخرجهُ النبى ﷺ للمظاهر وأمره أن يُطعم بهِ ستين مسكينًا ما يفيد أنّ كفَّارة الظهار مقيدة لاختلاف الروايات فى وسعهِ .

فمنهم مَن قال : فيه خمسةُ عشر صاعًا .

ومنهم مَنْ قال : من خمسة عشر إلى عشرين .

ومثلُ هذا لا يصحُّ بهِ التقييد .

وأمَّا الجنس الذى يُطعم منهُ هل يُعتبر فيه عيش نفسهِ أو عيش جُل أهل بلدهِ ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ يعتبر [بعيش جل] (٥) أهل البلد ويُكفِّر بهِ ، وهو قولُهُ فى « المُدونَّة » .

والثانى : أنَّهُ يُكفِّر مِن عيشهِ ولا ينظر إلى عيش أهل البلد ، وهو قولُهُ فى كتاب محمد .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أصل الكفارة .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من هـ .

(٥) فى أ : بجل عيش .

والـثالـث : التفصيل بين أن يأكُل الشـعير مِن غير ضيقٍ [وغيره] [1] يأكُلُ القمـح . فيُكفِّر بعيش أهل البـلد . أو يأكُل القمح وأكلهـم الشعير فيُكفِّر بعيشه ، وهو قول ابن حبيب .

وأمَّا مَنْ يجوزُ لهُ أخـذها : فهم الفُقراء والمساكين عـلى الشروط التى ذكرناها وعدَّدناها « فى كتاب الزكاة » [الثانى] [2] ، فلا فائدة للتطويل .

تمَّ الكتابُ بحمد الله وعونهِ .

وصلى الله على سيدنا محمد وآلهِ وسلِّم تسليمًا .

---

(١) فى هـ : ومثله .

(٢) سقط من أ .



كتـاب الإيـــلاء

كتاب الإيــلاء

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها أربع مسائل [١] :

المسألة الأولى

الإيلاء فى اللغة الامتناع من فعل الـشىء بيمين قال الله تعالى : ﴿ وَلا يَأْتَلِ أُوْلُوا الْفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ أَن يُؤْتُوا أُوْلِي الْقُرْبَىٰ ﴾ وهذه الآية نزلت فـى أبى بكر الصـديق رضى الله عنه حين حلف ألا ينفق على ابن خـالته مـسطح حين خاض مع أهل الإفك فـيما خاضـوا فيه على ما قـال أهل العلم بالتأويل . [ق/ ١٨١ جـ]

ومنه قول الشاعر [٢]:

فآليت لا آتيك إن جئت مجرماً ولا أبتغى جاراً سواك مجاوراً

فآليت لا آتيك أخذوا قصيدة تكون وإياها .

وهو فى الشرع على مـا هو عليه فى وضع اللغة إلا أنه قـد تعرف فى الشرع فى « الحلف على اعـتزال الزوجات وترك جـماعهن » كمـا ذكر الله تعالى فى كتابه ، ونص على الحُكم فيه **وهو على ثلاثة أوجه :**

أحدها : اليمين على ترك الوطء .

والثانى : ما كان بمعنى اليمين على تركه .

والثالث : اليمين بالطلاق التى يكون الحالف فيها على حنث .

فالجواب عن الوجه الأول : وهو اليمين على ترك الوطء **فلا يخلو من ثلاثة**

---

(١) لم يرد فى الأصول إلا ثلاثة مسائل فقط .

(٢) النابغة الذبياني .

أوجه :

أحدها : أن يحلف على ذلك بالله تعالى أو ما كان فى معنى اليمين بالله مما يوجبه على نفسه إن وطئ .

والثانى : أن يحلف على ذلك بطلاق المؤلى منها .

والثالث : أن يحلف على ذلك بما ينعقد عليه بالحنث فيه [ق / ٧١ هـ] حكم فلا يلزمه بمجرده شىء .

فأما إذا حلف على ذلك باليمين بالله تعالى أو بما كان فى معناه مما يوجبه على نفسه إن وطىء من صلاة أو صدقة أو ما فيه قربه من عتق أو غيره مما ليس فيه قربه [كطلاق] [١] [غير][٢] المؤلى عليها **فذلك على وجهين** :

أحدهما : أن يقول : والله لا أطأ امرأتى ، أو على صدقة أو مشى أو ما أشبه ذلك إن وطئتها أبداً ، أو إلى أجل كذا وكذا لما هو أكثر من أربعة أشهر .

والثانى : أن يقول : [والله][٣] لا أطأ حتى أفعل [كذا وكذا][٤] .

فأما الوجه الأول : فأنه مؤلى من يوم حلف ويوقف [إلى][٥] حل الأجل ، فإما بالوطء وألا طلق .

وأما الثانى : فلا يخلو [من وجهين][٦] أحدهما : أن يكون ذلك الفعل

(١) فى أ : كالطلاق .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من هـ .
(٥) فى هـ إذا .
(٦) سقط من أ .

مما يمكنه فعله .

والثانى : أن يكون مما لا يمـكنه فعله ولا مؤنة عليـه فيه كـدخول الدار وركوب الدابة فلا يكون مـؤليا ويقال له: طأ امرتك إن كنت صـادقا فإنك لست بمؤلى .

وإن كان مما يتكلـف فيه مـؤنة كالحج وغيـره فإنه يكون مـؤلياً من يوم حلف ويوقف إذا حل الأجل فإما وطء وإلا طلق عليه . وأما إذا كان الفعل [مما][1] لا يمكنه فعله إما لمنع الشرع منه لكونه قتل نفس أو شرب خمر .

وإما لعدم القدرة عليه فـإنه يوقف إذا حل الأجل أيضا فإما بالوطء وإلا طلق عليه ، ولا يمكن من البر بما لا يبيح الشرع من قتل أو شرب .

وأما الوجه الثانى : إذا حلف بطلاق المؤلى منها فلا يخلو من أن يكون ذلك الطلاق ثلاثاً أو ما دون الثلاث :

فـإن كان مـا دون الثلاث وقف إذا حل الأجل وقـيل له :وفٍّ على أن تنوى بباقى وطئك الرجعة .

وإن كانت غـير مدخـول بها لأنها تصيـر مدخولاً بهـا بالتقاء الخـتانين ليخرج من الخلاف .

فإن أبى من ذلك طلقت عليه بالإيلاء .

وإن تزوجها بـعد انقضاء عدتهـا رجع [عليه][2] الإيلاء مـــا بقى من طلاق [ذلك][3] الملك شيء .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : عليه .

(٣) سقط من هـ .

وإن كان الطلاق ثلاثاً مثل قوله : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، هل يكون مؤليا أم لا ؟ على قولين منصوصين فى « المدونة » [وعلى القول بأنه لا يكون مؤلياً هل يعجل عليه الطلاق بنفس اليمين أم لا ؟ على قولين منصوصين فى المدونة][1] :

أحدهما : أن الطلاق واقع عليه بنفس اليمين ، [وهو][2] [ظاهر][3] قول الرواة فى « المدونة ».

والثانى : أن السلطان يطلق عليه بعدما ترفع أمرها إليه ، وهذا القول مروى عن مالك فى « المدونة » .

وعلى القول بأنه يكون مؤلياً ، هل يضرب له أجل المؤلى أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنها تطلق عليه بعد الرفع ولا يضرب له أجل الإيلاء ، وهذا القول متأول على « المدونة » .

والثانى : أنه يضرب له أجل المؤلى أربعة أشهر من يوم حلف ، وهو نص قول مالك فى « المدونة » .

وعلى القول بأنه يضرب له الأجل فإذا حل هل يمكن من الفيئة بالوطء أم لا ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال :**

أحدها : أنه لا يمكن من الوطء إذ باقى وطئها لا يجوز [له][4] بناء

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وهذا .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

على [أن][١] النزع حرام ، وهو قول بعض الرواة فى « المدونة » .

والثانى : أنه يمكن من الوطء التام ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى هذا الكتـاب ، وفى « كـتـاب الظهـار » من « المدونـة » ، ونص له فى أصل «الأسدية » .

والثالث : أنه يمكن من [التقاء] [٢] لختانين لا أكثر ، وهذا القول مروى عن مالك .

والرابع : أنه [ق / ٩٩ ع] يمكن من جميع الوطء إلا الإنزال ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : مذكور فى « كتاب الظهار » .

وأمـا الوجه الثـالث : إذا حلف بما ينعـقد عليـه بالحنث فيـه حكم من الأحكام ،مـثل قوله: « إن وطئـتك ،فكل مملوك اشـتـريته من الفـسطاط [حر][٣] ومثل قوله : والله لا أطأ امرأتى فى هذه السنة إلا يوماً واحداً أو مرة واحدة ، أو يقول : إن وطئت امرأتى فهى علىَّ كظهر أُمىٍّ ، هل يكون مؤلياً أم لا ؟

فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهـما : أنه لا يكون مُؤلياً إلا بالشراء أو الوطء وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثـانى : أنَّهُ يكون مؤلياً بنفـس اليمين ، وقبل الملك والوطء إذ [لا][٤]

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

يلزمُهُ بالوطء عقد يمين فيما يملك من رأس أو مال ، وهو قول الغير فى «المُدوّنة » ، ولابن القاسم مثلَهُ أيضاً .

وفائدة الخلاف وثمرته : هل ينعقد عليه اليمين بنفس الإيلاء ويكون للمرأة أن توقفه إذا مضت أربعة أشهر من يوم اليمين .

أو لا ينعقد الإيلاء إلا بالوطء بعد الشراء ؟ .

والجواب عن الوجه الثانى من أصل التقسيم : وهو ما كان بمعنى اليمين على ترك الوطء هو الإيلاء الداخل على [الظهار][1] على سبيل [الإضرار][2]، وقد تقدم الكلام فيها فى مسألة [مفردة][3] فى كتاب الظهار» .

والجواب عن الوجه الثالث : وهو اليمين بالطلاق الذى يكون الحالف فيها على حنث وهو أن يقول :امرأتى طالق إن لم أفعل كذا وكذا ، وذلك ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يكون ذلك الفعل ممَّا يُمكنُهُ فعلهُ .

والثانى : أن يكون ذلك الفعل ممَّا لا يمكنه فعله فى الحال ويمكنه فى [الحال] [4] الثانى .

والثالث : أن يكون ذلك الفعل مما لا يمكنه فعله لعدم الإمكان أو لمنع الشرع منه :

فأما الأول : فيمنع فيه من الوطء من وقت اليمين فإن [طالبته] [5]

---

(١) فى أ : الظاهر .
(٢) فى هـ : الإضطرار .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : طلبته .

[امـرأته][1] بذلك ، ضـرب له أجل الإيلاء هل من يوم الحلف أو من يوم الرفع ؟

وإذا تبين الضرر تجـرى [فيه][2] هذه الأقوال الثـلاثة التى أوردناها فى «كتاب الظهار » وفيه يفعل ما حلف عليه وليس الفيئة بالوطء .

وأما الثانى والثالث : فهو أن يكون الفعل مِمَّا لا يمكنه فى الحال ويمكنه فى ثانى حال أو لا يمكنه بحـال ، مِثل : « أن يحلف بطلاق أمرأته ليَـحُجَنَّ، ولم يُؤقت عاماً بعينهِ » ، هل يكون مؤليًا حين تكلَّم بذلك أم لا ؟ فالمذهب **على أربعة أقوال كلها قائمة من « المُدوّنة »** :

أحدها : أنه يكون مؤليًا حين تكلم بذلك وهو ظاهر قوله في كتاب فى أول « كتـاب الإيلاء » حيث قـال : وسواءٌ كان ذلك الشىء مِمَّـا يقدر على فعله أم لا .

وعليه تأوّل بعض شُيوخنا ، وهو نص قوله فى « العُـتبية » كتاب «ابن سحنون » : أنَّهُ يمنع من وطئها من حين حلف .

والقول الـثانى : أنه لا يكون مؤليًا ولا يمنع منها حتى يمكنه [الفعل][3] فـإذا أمكنه الفـعل فـعند ذلك يمـنع من وطئـهـا ، وهو قـول ابن نافع فى «المُدوّنة» حيث قال : « وإن لـم يمكنه فعل ما حلف عليه لم يحل بينهما ولا يُضرب له أجل المؤلى .

فأذا أمكنه فعل ذلك حيل بينه وبينها » .

والقول الثالث : أنَّه لا يكون مؤليًا ولا يدخل عليه الإيلاء حتى يضيق

---

(1) سقط من أ .

(2) فى أ : فيها

(3) فى أ : القول .

الوقت ويخشى فوات الحج ، وهو ظاهر قوله فى « المُدوّنة » فى آخر المسألة : « إذا أمكنه وترك الخروج أو ترك الحج حتى جاء وقت إن خرج فيه لم يدرك الحج » .

فمن حينئذ يقال له : لا تصب امرأتك .

فإن رفعت أمرها ضرب لها أجل الإيلاء .

فإن فعل قبل الأجل ما هو بره ومخرجه [إلى] [1] الحج لم يكن عليه الإيلاء وهذا ظاهر وهو تأويل بعض المتأخرين .

ويكون معنى قوله فى « الكتاب » على هذا القول حتى جاء وقت إن خرج لم يدرك الحج . يعنى على السير المعتاد ولكنه يدركه إذا جد [به][2] السير وشق على نفسه [أدركه][3] .

ويدل عليه قوله : فإن فعل ما هو بره من الحج ، والخروج بر » .

والقول الرابع : أنه لا يمنع من الوطء فإن خرج وأحرم فى الأجل لم تطلق عليه حتى يجيء وقتٌ يمكنه الخروج .

فإن لم يفعل ذلك ولم يخرج حتى تم الأجل طلق عليه .

وهذا تأويل بعضهم على ظاهر « المُدوّنة ».

وسبب الخلاف : اعتبار المقاصد والألفاظ .

فمن اعتبر اللفظ قال : يكون مؤليًا [بنفس اليمين][4] .

---

(١) فى أ : من .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

ومن اعـتبـر المقصـد قال: يـكـون مـؤليًـا عنـــد الإمـكـــان أى إذا [أمكن][1] .

والقولان الآخران مبنيان على المقصد أيضًا .

وهذا التـقييد قـد احتوى على جـملة مشـكلات (ق / ٢٠٨ أ) هذا الكتاب التى من جملتها : إذا حلف بطلاقها ثلاثًا إن وطئها .

ومـسألـة : التى حلف بطلاقهـا البتة [ليحجن][2] ، ولـم يســم العام بعينه .

فهما من مشكلات « كتاب الإيلاء » : فليـكمل العدة قائمًا ويبنى على بقية العدد عليها بحمد الله وحسن عونه .

---

(١) فى ب : أمكث .

(٢) فى أ : ليخرجن .

المسألة الثانية (١)

فى أجل الإيلاء .

ولا خلاف فى مذهب مالك رحمه الله أن أجل الإيلاء لا يكون دون أربعة أشهر ، وإنما الخلاف عندما عندنا فى الأربعة الأشهر هل يكون مؤليًا إذا حلف ألا يطأها أربعة أشهر أو لا يكون مؤليًا حتى يزيد عليها ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يكون مؤلياً أذا حلف ألا يطأ امرأته أربعة أشهر ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنه يكون مؤليًا بالأربعة الأشهر ، وهى رواية أشهب عن مالك وحكاه عبد الملك وابن نافع [وابن خويز منداد] (٢) عن مالك أيضًا أن الطلاق يقع على المؤلى بمرور الأربعة الأشهر ، وهو قول جماعة السلف ، وهو مذهب أبى حنيفة .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى المفهوم من قوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا .. ﴾ هل أراد أن تكون الفيئة داخلة فى الأربعة ، أو هى بعد الأربعة ؟

فمن فهم من الآية أن الأربعة الأشهر [أجل] (٣) ، لا يُزاد عليه ، لنصه عز وجل عليها بلا زيادة ولا نقصان ، قال : الفيئة [داخلة] (٤) فى

(١) فى جـ ، ع هـ : المسألة الثالثة ولكن الترتيب يقتضى أن تكون المسألة الثانية .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : داخل .

الأربعـة ويجوز أن يكون بعـد الأربعـة ، لأن ذلك زيادة على ما حـد الله وقدره ، والزيادة على مقادير الشريعة لا تجوز بغير دليل ، [ومن فهم] (١) منها أن الأربعة الأشهـر إنما جُعلت لأنها [مدة] (٢) تستضر فـيها الزوجة بعدم الوطء كل الضرر ، ولا يعظم علـيها فيها المضـرة إلا بالزيادة عليها ، قـــال : [الوقف] (٣) إنما يكون بعد الأربعـة الأشهر ، كما هو مـشهور مذهب مالك ، وذلك أن عمـر بن الخطاب رضى الله عليه سأل النساء فى المدينة فى كم تشتاق المرأة إلى زوجها ؟ وكم تقدر على الصبر [عنه] (٤) ؟ فقلن : « فـى شهرين ، ويقلُّ الـصبر فى ثلاثة ، ويـفنى الصبر فـى أربعة أشهر » ، فجعل رضى الله عنه [مغازى الناس] (٥) أربعة أشهر .

وعلى القول بأنه لا يكون مؤلياً إلا بزيادة على أربعة [ق/ ١٨٢ج]أشهر.

وكم قدر تلك الزيادة ؟ فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن زيادة اليوم تؤثر ، وهو قوله فى « كتاب محمد » .

والثانى : أن زيادة اليوم غير مؤثرة .

والثـالث : أنه لا يكون مؤليـا بزيادة تكون مثل أجل التلوم ، ولا شكَّ ولا خفـاء أنه لا بد من زيادة يمكن فيـها الإنفاق ، [ويحـصل التأنى] (٦) للـزوج [بين] (٧) أن يفئ أو يطلق ، وأدناه أن يـكون ثلاثة أيام وهو أدنى

---

(١) فى أ : يفهم .
(٢) فى ع ، هـ : أمد .
(٣) فى جـ : المؤلف .
(٤) فى أ : منه .
(٥) فى أ : المغازى .
(٦) فى هـ : وتجعل فيه التبرى .
(٧)سقط من أ .

مدة الخيار فى البيع .

وقوله تعالى : ﴿ للذين يؤلون من نسائهم [تربص] أربعة أشهر ﴾ فالآية فيها تقدير مضمر ، وتقديره للذين يحلفون على اعتزال نسائهم تربص أربعة أشهر ، « فإن فاؤا » أى فإن رجعوا على ما حلفوا عليه من ترك الوطء، فإن الله غفور لهم ما اجترموه من الذنب فى ترك الوطء، وقصدهم الإضرار بهن ، [رحيم بهم] (١) ولسائر المؤمنين ، « فإن عزموا [الطلاق](١): أى فإن امتنعوا من الفيئة وعولوا على الطلاق فإن الله سميع للفظهم عليم بما فى قلوبهم .

وبهذه المعانى يستدل على أن الطلاق لا يكون بمضى الأربعة الأشهر [ق / ٧٢هـ] ، لأن « الفاء» فى قوله تعالى : ﴿ فَإِن فَاءُوا ﴾ للتعقيب .ولقوله أيضًا [ق/ ١٠٠ع] : ﴿فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾ ولا يسمع إلا الأصوات.

واختلفوا هل كل حالف على ترك الوطء يكون مؤليًا أو لا يكون مؤليًا إلا من قصد الضرر ؟ على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهما : أنه لا يكون مؤليًا إلا من قصد الضرر بترك الوطء ، وأما من قصد [بذك الصلاح] (٣) [فلا]﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَاءُوا﴾ ، وهو قول ابن القاسم فى الذى حلف ألا يطأ امرأته ، حتى تفطم ولدها ، قال : لا يلزمه الإيلاء لأنه إنما قصد صلاح ولده .

والقول الثانى : أنه يكون مؤليًا سواء قصد [إلى] (٥) الصلاح أم لا

---

(١) فى أ : غفور لهم .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع : تقديم وتأخير .

(٤) سقط من ع .

(٥) سقط من أ

وهو ظاهر قوله آخر « الكتاب » فى المريض الذى حلف ألا يطأ امرأته حتى يبـرأ من مرضه ، فـقال هو مؤلٍ ، ومـعلوم أن المـريض إنما قصـد صلاح نفسه، ومـن قصد صلاح نفسه أعـذر ممن قصد صلاح غيره ، والحـمد لله وحده .

المسألة الثالثة (١)

فيما تكون به فيئة المؤلى ، وقد وقع فى الكتاب ألفاظ مضطربة ومعان مختلفة تشعر بالخلاف .

ونحن [لكل] (٢) ذلك واضحون بحمد الله وعونه ، فنقول وبالله التوفيق :

ولا يخلو من أن يكون يمين المؤلى بالله تعالى أو بغيره فإن كانت يمينه بالله تعالى، فلا يخلو من أن يعلقها بفعل أو لا يعلقها بشىء .

فإن علقها [بفعل] (٣) مثل أن يحلف بالله ألا يطأ حتى يدخل الدار أو حتى يخرج إلى بعض البلدان ، ففيئه ها هُنا الفعل مع التمكين .

فإن أطلق بيمينه ، فهل تصح [فيئته] بتقديم الكفارة على الوطء [أم لا] (٤) ؟ فالمذهب على قولين منصوصين فى « الكتاب » :

أحدهما : [أنها] (٥) تصح ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنها لا تصح بتقدم الكفارة حتى يطأ ، وهو قول الغير فى «المُدوّنة » ولابن القاسم مثل قول غيره فى « المُدوّنة » ، وذلك أنه قال فى المريض إذا فاء بلسانه أجزأه .

وقد اختلف فى ذوى الأعذار هل يقبل منهم الفيئة باللسان مع القدرة

(١) فى جـ ، ع ، هـ : « المسألة الرابعة » . والذى يقتضيه الترتيب أن تكون هذه هى المسألة الثالثة .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : بشىء .

(٤) سقط من ألف .

(٥) فى أ : أنه .

على الكفارة إن كانت يمينه بالله تعالى ؟ على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحدهما : قول ابن القاسم أنها تقبل منهم ، وهو قوله فى المريض .

والثانى : أنها لا تقبل منهم ، لأنه قادر على أن يكفر ، وهو قول مالك فى « الكتاب » فى [الغائب] (١) .

فإن كانت يمينه بغير الله تعالى ، كالعتق والصدقة والطلاق ، فلا يخلو ما حلف به من أن يكون معينًا أو مضمونًا .

فإن كان معينًا وكان الطلاق بتاتًا فى غير المؤلى منها ،[فلا خلاف] (٢) عندنا أن الفيئة تصح بفعل ما حـلف على فعله إن كان له عذر فإن لم يكن له عذر فقولان :

أحدهما : أنه كالمعذور ، وهو قوله فى « الكتاب » .

والثانى : أن فيئته الوطء دون [فعل] (٣) ما حلف على فعله وهو قول عبد الملك فى « الواضحة » ، ومثله فى « المختصر » .

وإن كان غير معـين أو كان الطلاق دون البتات فى غيـر المدخول بها ، فهل تصح الفيئة بفعل ذلـك دون الوطء أم لا ؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة » :

أحـدهمـا : أن الفيئة تصح به دون الـوطء، وهو قوله فى آخر « كتاب الظهـار » من « المُدوّنة » فى الذى حـلف بعتق رقـبة أن لا يطأ أهله فـعتق الرقبه لإسقاط الإيلاء ، أتراه مجزئاً عنه ولا إيلاء عليه ؟ قال : نعم ، وهو قوله فى « كتاب محمد » .

---

(١) فى أ : الغاية .

(٢) فى أ : فلا يخلو.

(٣) سقط من أ .

والثانى : أن فيئته لا تصح إلا بالوطء دون فعل ما حلف على فعله ، وهو قوله فى « كتاب الإيلاء » لاحتمال أن يفعل ذلك عن شىء قد سلف.

والحمد لله وحده [تم الكتاب بحمد الله وعونه وصلى الله على محمد خاتم النبيين وإمام المرسلين] (١) .

(١) زيادة من ع .

كتاب اللعان



كتاب اللعان

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها مسألتان :

المسألة الأولى

[فى حده] (١) وهو مأخوذ من اللعنة وهو الإبعاد ، أعاذنا الله وإياكم من الإبعاد .

وسمى بـذلك لأن الزوج يخـمس بها ، وهـى التى تبـعده [عن] (٢) العذاب الواجب عليه بالقذف .

وسمى بذلك لتباعد ما بـين الزوجين ، إذ لا تحل له أبدا بعد أن كانت [أقرب] الناس إليه .

والكلام فى هذه المسألة فى أربعة مواضع :

أحدها : فى صفة اليمين .

والثانى : فى المبدى باليمين .

والثالث : متى تنقطع العصمة بينهما ؟

والرابع : فى الفرقه بينهما ، هل هى [فسخ] (٣) أو طلاق ؟

فأما الموضع الأول : فى صفة [أيمان اللعان] (٤) ، وصفتها كصفة سائر الأيمان بالله تعالى .

---

(١) سقط من أ ، ع ، هـ .
(٢) فى هـ : من .
(٣) فى أ : فتح .
(٤) فى أ : أيمانها .

واختلف إذا قال : أشهد بالله دون أن يزيد عليها الذى لا إله إلا هو ، هل يُجزئُهُ أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنَّه يجزئه ، وهو قوله فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنه لا يجزئه ، وهو قول « أشهب » .

وكذلك إذا حلف بالصفات ، هل هو كالحالف بالذات أم لا ؟

على قولين :

مثل قوله : أشهد بعلم الله فأشهب يمنعه ، وابن القاسم يجيزه .

وكذلك إذا جعل [من] [١] موضع « **إنه لمن الصادقين** » ما هو من الكذابين ، هل يجزئه أو لا ؟ **على قولين** [أيضًا] [٢] .

ظاهر « المُدوّنة » الجواز ، وهو قوله فى « كتاب محمد » ، وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب : النظر ، بقتضى ألا يجوز .

واختلف إذا قذفها برؤية، هل يصف نفسه بالصدق ويصف الزنا أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه لا يحتاج إلى صفة الزنا ولا إلى صفة نفسه بالصدق ، وهو ظاهر « المُدوّنة » .

والثانى : أنه لابد من أن يقول : وإنى لمن الصادقين ، لرأيتها تزنى كالمرود فى المكحلة ، وهو قول ابن القاسم فى وصف نفسه بالصدق فى «كتاب محمد » ، وهو قول محمد أيضًا فى « كتابه » فى صفة الزنا قال : وهو قول مالك وجميع أصحابه .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإن كان فى لعانه ينفى الحمل ، هل يـقتصر على مجرد القذف أو لابد من إضافة نفى الحمل إليه ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن يقول: أشهد بالله [أنها] [(١)] زنت ، دون أن يصف شيئًا وهو مذهبه فى « المُدوّنة » .

والـثانـى : أنه لابد أن يضيف إليه: ما هـذا الحمل منى ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب محمد » .

والموضع الثانى : من المبدى [باليمين] [(٢)] من الزوجين :

ولا خلاف أعـلمه فى المـذهب أن المبدى بـاللعـان هو الزوج ، لقـوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ ..﴾ الآية.

فإن كان هذا عكساً للأصول ، والأصول [موضوعة] [(٣)] على أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، كما نص عليه الشارع ،إلا [أن] [(٤)] أيمان اللعان وأيمان القسامة قد بدأ فيها بأيمان المدعين والحكمة فى ذلك صيانة الدماء والأنـساب ، فكانت أيمـانهم تقوم مقـام البينة لـتعذر الشهـود على دعواهم.

واختلف إذا بدأت المـرأة باللعان على الزوج ، هل يعـاد لعانها أم لا ؟ على قولين :

أحـدهمـا : أن اللعان لا يعاد عليهـا ، ولا على الطالب فى الحقوق ، وهو قول ابن القاسم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : باللعان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

والثانى : أنه يعاد عليها باللعان بعد لعان الزوج ، وهو قول أشهب .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : قول أشهب أحسن ، لأن لعانها إنما تدرأ به [عنها] (١) ما يجب عليها [من العذاب] (٢) بالتعانه .

واختلف إذا نكلت عن اللعان بعد لعان الزوج ، ثم أرادت أن تلاعن بعد نكولها فبين المتأخرين قولان : (ق/ ٢٠٩ أ) .

أحدهما : أن لها [معاودة اللعان] (٣) كما [لها] (٤) الرجوع عن الزنا إذا أقرت به على نفسها ، وهو قول أبى بكر بن عبد الرحمن ، وأبى على ابن خلدون وغيرهما .

والثانى : أنها لا تمكن من اللعان بعد نكولها لما يتعلق للزوج عليها فى ذلك من الحق ، وهو قول أبى القاسم بن الكاتب ، وأبى محمد بن اللؤلؤى وأبى عمران الفاسى رضى الله عنهم أجمعين .

وأما الموضع الثالث : متى تنقطع العصمة بينهما ؟ هل بتمام لعان المرأة أو بتمام لعان الزوج إذا [التعنت] (٥) الزوجة ؟

فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى الزوج إذا مات قبل أن يتم لعانه أو ماتت المرأة أن الميراث بينهما ثابت والعصمة بينهما قائمة .

واختلف المذهب عندنا إذا مات أحدهما بعد تمام لعان الزوج ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : معاودته .

(٤) فى أ : له .

(٥) فى أ : لعنت .

وقبل أن تلتعن هى، هـل يتوارثان أم لا ؟ [فالمذهب] [١] على ثـلاثة أقوال [كلها قائمة من المدونة] [٢] :

أحدها : أن التوارث بينهما قائم [ق/ ١٠١ع] ، وهو مشهور المذهب، وهذا القول قائم من « المُدوّنة » من قوله : إذا كذب الزوج نفسه، [قد] [٣] بقى من التعان الزوجة مرة واحدة أنه يجلد الحد ، وكانت امرأته .

فعلـى هذا إذا مات الزوج بعـد أن التعن ، وقبل أن تـلتعن هى فـإنها ترثه، التعـنت [بعده] [٤] أو لـم تلتعن ، وهو قـول مطرف ، واختيار ابن حبيب .

والـثانـى : أنهما لا يتوارثان ، وأنه بتمام لـعان الزوج : تنقطع العصمة [بينـهما] [٥] ، وهو قول سحنـون فى « العتبية إذا لاعن الـزوج ونكلت المرأة ثم أكـذب الزوج نفسـه ، قال : لعانـه ، قطعًا لـعصمتـه ولا ميراث بينهـما ، ونحوه لأصبغ فـى « العتبية » : فـى التى تزوجت فى عـدتها ، فتأتى بولد ، فلاعن الزوج أنها تحرم لـلأبد على الذى لاعنها ولم تلاعنه ، وهو ظاهـر قولُ مالك فـى « المُوطأ » ، ونص كلامـه فيه ،قال مـالك فى الرجل يلاعـن [امرأتهُ] [٦] فينزع ويُكّذب نفسه بـعد يمين أو يمينين ما لم يلتعن فى الخامسة أنه إذا [نزع قبل أن تلـتعن جلد الحد ولم يفرق بينهما . وقوله ما لم تلتعن فى الخامسة مفهومه أنه إذا] [٧] التعن فيها فرق بينهما ،

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : قد .

(٤) فى أ : بعدها .

(٥) سقط من هـ .

(٦) فى ب : زوجته .

(٧) سقط من أ .

وهو قول [عبد الله بن عمرو بن العاص] [١] فى أثر « المُدوّنة » ، وهو مذهب الشافعى رحمهُ الله .

والقول الثالث : [أنها] [٢] إن ماتت بعد لعان الزوج ، وقبل لعانها هى ورثها .

وإن مات هو بعد أن التعن ، فإن لاعنت فلا ميراث لها وإن لم تُلاعن فإنَّها ترثه وتحد ، وهو نص « المُدوّنة » .

والموضع الرابع : فى [الفرقة] بين المتلاعنين ، هل هى فسخ أو طلاق؟ **فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة »** :

أحدهما : أن الفرقة بين المتلاعنين فسخ لا طلاق ، وهو مشهور المذهب .

[**والثانى**] [٣] : [أنها] [٤] فسخ بطلاق ، وهذا القول متأول على «المذهب » ، ولابن نافع فى « كتاب ابن مزين » ، ولعيسى : أحبُ للزوج أن يطلقها بعد تمام اللعان ثلاثًا ، كما جاء فى [ق/ ١٨٣جـ] الحديث ، فإن لم يفعل فهو فراق ولا تراجع واختارهُ ابن لُبابة ، ورأى لهُ الرجعة بعد زوجٍ مع كراهيته لهُ فى ذلك ، وهذا القول قائمٌ من « المُدوّنة » [من قوله][٥] فى غير المدخول بها إذا جاءت بولدٍ لستَّة أشهر ، وادعت أنهُ من الزوج وأنكرهُ الزوج ، حيث قال :إنهما يتلاعنان ، ولها نصف الصداق .

وقال ابن الجلاب : لا شىء لها من الصداق .

---

(١) في أ : عبد الله بن عمر والصواب ما أثبتناه من هـ . انظر المدونة (٢/ ٣٥٢) .
(٢) فى أ : أنه .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ ، جـ : أنه .
(٥) سقط من أ .

وقد اختلف المتـأخرون فى تأويل ما وقع له فى « المُدوّنـة » على أربعة أقوال :

أحدهـا : أن ذلك يتخرج على الخلاف عندنا فى اللعان ، هل هو فسخ أو طلاق ؟ فإثباتهِ فيهِ الصداق يدل على أنه طلاق .

وقد يحتج قائلُ هذا بقوله فى « الكتاب » : لأنها [فى] [1] عدة منه، وهى مبتوتة .

والـثانـى : أنها أثبتت الدخول بأيمانهـا ، والزوج نفاهُ بأيمانه ، فتساوت [الـدعـاوى] [2] فى الصداق ، فقسـم بينهما كما لو تعـارضت الشهادتان والأيمان فى اللعان مقام الشهادة .

واعترض على هذا التأويل بأن مجرد دعواه هو لو لم يكن لعانًا يوجب له نصف الصداق [ق/ ٧٣هـ] ، ودعواها هى تـوجب لها جميعه ، فلم تعدل القسمة بينهما على النصف .

والقول الثالث : أنا إذا لم نعلم صدق الزوج ، ويتهم أنه أراد أن يطلقها وتحريمها باللعان ليسقط عن نفسـه الصداق ألزمناه نصفه إذا حلف على نفى الدخول .

والقول الـرابع : أن ذلك لاختلاف الناس فى الـلعان ، هل هو فسخ أو طلاق ؟ فأوجب لها نصف الصداق [مراعاة للخلاف] [3] .

وربك أعلم [والحمد لله وحده] [4] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الدواعى .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من جـ .

المسألة الثانية

إذا ادعى رؤية لا مسيس بعدها ولم يدع الاستبراء أو ادعاه على ما فى الكتاب من الاضطراب واختلاف القول ، واختلاف المتأخرين فى تحصيل ذلك ، ومعناه .

فمنهم من قال : جميع مافى الكتاب يرجع إلى قولين :

أحدهما : أن الولد بقى باللعان الأول جملة .

والثانى : بالتفصيل بين أن تأتى به لأقل من ستة أشهر ، فيكون للفراش أو تأتى به لستة أشهر فأكثر ، فيكون [للرؤية] (١) ، فينفى [الولد] (٢) باللعان [الأول] (٣) ، وصار قوله ومرة قال بنفيه وإن كانت حاملاً تكراراً لا يفيد .

وإلى هذا التأويل ذهب ابن لبابة .

وقيل معنى قوله : تنفيه وإن كانت حاملاً بلعان ثان ، وهو قوله فى باب لعان الأخرس على الرواية بإثبات الواو ، فى قوله ، ويكون [اللعان إذا قال ذلك والذى كان نفيًا للولد ويؤخذ من قوله فى الباب المذكور] (٤) أيضاً ، أن الذى كان لما ادعى الاستبراء بعد ما وضعته ، فقد كان نفيًا للولد، فلما استلحقه وأكذب نفسه فى الاستبراء صار قاذفًا .

ويؤخذ أيضًا من قوله هذا « صار قاذفًا أن من قذف زوجته بعد تمام

---

(١) فى أ : للزوجة .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

اللعان : أنه يحد ، والخلاف فيه فى المذهب .

فعلى هذا التأويل : يرجع ما فى « الكتاب » إلى ثلاثة أقوال :

أحدها : [مرةً] (١) ألزمه الولد على التفصيل المتقدم .

والثانى : أنه ينفيه باللعان الأول .

والثـالـث : أنه ينفيـه بلعان ثان ، وإن لم يدع الاستـبراء ، وهو قول [محمد بن عبد الحكم] (٢) وأصبغ فى [غير « المُدوّنة »] (٣) .

وقيل : أن ما فى الكتاب يرجع إلى أربعة أقوال .

ويستـخرج القول الـرابع من قوله فـى « الكتاب » ومـرة [ألزمه] (٤) الولـد [بلا تفصـيل] (٥) بين أن تأتـى به لأقلٍّ من [سته أشهر] (٦) أو لأكثـر، ولا [ينفـعه] (٧) اللعان لأنـه لم يدّع الاستبراء ، وهـو قوله فى «كتاب محمد » ، ولعبد الملك وأشهب نحوه .

ثم اختلف على هذا التأويل فى معـنى قوله : ينفيه وإن كانت حاملاً ، هل هو مقر بالحمل ، علم به أو لم يعلم بذلك إلا [بعد الوضع] (٨) ؟

واختـلف فى تأويـل [قول] (٩) المخزومى الـواقع فى الكـتاب على ثـلاثة

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى هـ : عبد الملك .
(٣) فى هـ : المدونة .
(٤) فى أ : ألزمت .
(٥) فى أ : بالتفصيل .
(٦) سقط من هـ .
(٧) فى أ ، جـ : ينفيه .
(٨) فى أ : بالوضع .
(٩) سقط من أ .

أقوال:

أحدها : [أنه] (١) سواءٌ علم الزوج [بالحمل] (٢) أو لم يعلم ، أقر بالحمل أم لا ، وهو نص قوله فى كتاب محمد ، لأن الزوجة كانت مأمونة عنده على فراشه .

فلما اطلع على خيانتها : صح له نفى ما كان أمر به ، إذ لا يؤمن [أن يكــون] (٣) ذلك عادةً لها قبل ذلك ، ويدل عــليه من قول المخزومى فى الكتاب ، وقد أقر بالحمل .

[**والثانى** : **أن معــنى قول المخزومى**] (٤) : إذا لم بعلم بالحــمل وعليه يدل تفسيــره آخر كلامه ، ويكون معنــى قوله : [وهو] (٥) أقر بــالحمــل أى بالوطء ، [من باب] (٦) تسمية الشىء بما يكون منه ، وهو اختيار الشيخ أبى القاسم [بن محرز] (٧) .

والثالث : أن معنى قوله: [وقد] (٨) اعترف بالحمل أى اعترف به حين وضعته ، أنها كانت حاملاً ، وأنها [ولدته] (٩) ثم ينظر إلى [مدة] (١٠) الوضع ، وإن [كان] (١١) لسته أشهر أو لأقل . هو تأويل التونسى ، وهو

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من هـ .
(٧) سقط من أ .
(٨) سقط من أ .
(٩) فى أ : ولدت .
(١٠) فى ب : أمد .
(١١) فى أ : كانت .

أضعف التأويل .

فيأتى على [قول] [1] المخزومى ثلاث تأويلات :

الاعتراف بالحمل و الاعتراف بالوطء والاعتراف به [حين] [2] الوضع لا حين اللعان .

والحمد لله . [تمت رزمة الأنكحة بحمـد الله وحسن عونه يتلوه رزمة العبيد إن شاء الله] [3]

(١) فى أ ، جـ : تأويل .
(٢) فى أ : يوم .
(٣) زيادة من جـ ، ع ، هـ .



كتـاب العتق الأول



كتاب العتق الأول

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتها [إحدى عشرة] (١) مسألة :

المسألة الأولى

فى اشتقاق العتق ، والأسباب التى يلزم بها .

والعتق عبارة عن ارتفاع الملك عن العبد ، ولذلك سميت الكعبة بالبيت العتيق ، لأنه لم يملكه أحد من الجبابرة .

وقد يكون اشتقاق العتق من الجود والكرم ، منه سمى الفرس العتيق إذا كان سابقًا ، وعتق الرجل كرمه ، فكان العبد لما زال عنه الرق ، ولحق بالأحرار وتم فصله سمى عتيقًا .

وهو من أفضل أعمال البِرّ ، وأجل نوافل الخير ، وهو ينقسم إلى :
واجب وتطوع .

فالواجب قد يكون بعشرة أسباب :

السبب الأول : بالتزام الرجل ذلك نفسه ، وتبتله عتق عبده ابتداءً .

والسبب الثانى : أن ينذر ذلك بأمرٍ كان أو يكون أو بالحنث أو غيره .

والسبب الثالث : أن تحمل [أَمَتَهُ منهُ] (٢) .

والرابع : أن يعتق بعض عبده ، فيُكمل عليه باقيه .

والخامس : أن يُمثِّل بعبده مثلة ظاهرة . [ق/ ١٠٢ع]

---

(١) فى أ : أحد عشر .

(٢) فى هـ : تقديم وتأخير .

والسادس : أن يقتل نفسًا خطأً .

والسابع : وطء المتظاهر .

والثامن : كتابة العبد .

والتاسع : مقاطعة العبد على مال .

والعاشر : أن يعتق عليه .

وأما التطوع فهو ما يوافقه الإنسان ابتداءً من غير تقدم سبب أوجبه .

واختلف فيما إذا كان ينذر من غير سبب ، كقوله : لله علىَّ عتق رقيقى [هل] (١) الأصل يجبر على عتقهم أو يؤمر ؟

قولان قائمان من « المُدوّنة » :

أحدهما : أنه يؤمر ، ولا يخير ، وهو قوله فى « كتاب العتق الأول».

والثانى : أنه يجبر ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « كتاب الهبات»، إذا تصدق على معين فى غير يمين ، حيث: قال إنه يجبر والمتصدق عليه معين فى غير يمين فى كلا الموضعين ، وهو قول أشهب فى « مسألة العتق » فى غير « المُدوّنة » .

وقد قيل : « إن ذلك اختلاف يرجع إلى حال ، وأن ابن القاسم إنما قال : يؤمر إذا قال : أنا أفعل ، لينال مقصودة من الأجر والقربة لأن الخبر ينافى الثواب المترقب ، حتى إذا ظهر وتحقق أنه لا يفعل فخير حينئذٍ ، كما قال أشهب .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ : هو .

المسألة الثانية

إذا قال : عبيدى أحرار ، **ففى ذلك ثلاثة أسئلة :**

الأول : إذا قال : رقيقى أحرار .

والثانى : إذا قال : مماليكى أحرار .

والثالث : إذا قال : عبيدى أحرار .

فالجـواب عن السؤال الأول : إذا قال : رقيقى أحـرار ، فلا خلاف عندنا فى المذهب أن الإناث يدخُلن تحت لفظهِ ، إذ ليس فى كـلام العرب صيـغة ينفردن بهـا فى هذا اللفظ ، فإذا قال : رقيـقى أحرار عتق عليه جـميعُ ما عندهُ مِن الذُكـران والإنـاث ، ولا يصـدق إذا ادعى أنهُ أراد الذكـران دون الإناث .

والجـواب عن السـؤال الثـانى : مماليكـى أحـــرار هل [يتناول] لـفظه [الذكور](١) [و] (٢) الإناث أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أن الإناث يدخلن تحت لفظه ، وهو قوله فى « المُدوّنة » .

والثانى : أن الإناث [لا] (٣) يدخلن ، وأن اللفظ لا يتناولُهُنَّ .

والقولان لسحنون فى « العُتبيَّة » .

وسبب الخلاف هل تغلب الدلالة العُرفـية على الدلالة الوضعية أم لا ؟ و[ذلـك] (٤) أن عرف الاستعمـال فى المماليك يشمل الذكور والإناث ،

---

(١) فى جـ ، ع ، هـ : الذكران .

(٢) فى أ : دون .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

حتى [لا يعقل] (١) من لفظ [من تلفظ] (٢) [بهذا] (٣) إلا العموم والشمول .

وأما الدلالة الوضعية : [فمعلوم] (٤) من مواصفات العرب ، إفراد كلٍّ واحدٍ بصفته ، فنقول : مملوك ومملوكة ، وهذا على القول بأن اللغة [إنما] (٥) تؤخذ اصطلاحًا ، وهى مسألة إختلف فيها الأصوليون .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا قال عبيدى [أحرار] (٦) فهل يندرج الإناث تحت [اللفظ](٧) أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين فى «المُدوّنة »**:

أحدهما : [أن الإناث] (٨) لا يدخُلن تحته ، وهو ظاهر قوله فى «كتاب العتق الأول » (ق/ ٢١٠ أ) حيث قال : « كل عبدٍ اشتريته أو كل جارية » اشتريتها ، فهى حرة ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الصيام » من «المُدوّنة » [فى قوله] (٩) شهادة العبيد والإماء ، هل تجوز بانفراد كلٍّ واحد منهما بصيغته ، ويشهد لهذا القول من كتاب الله تعالى : ﴿ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾، وقال أيضًا : ﴿ وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ ﴾ ﴿ وَلأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ﴾ [البقرة: ٢٢١] .

والقول الثانى : أن الإناث يدخلن تحت لفظة العبيد ، وهو ظاهر قوله فى

(١) فى هـ : لعقل .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ ، جـ : بها .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ .
(٧) فى أ : الذكران .
(٨) فى أ : أنه .
(٩) سقط من أ .

« كتاب القذف » من « المُـدوّنة » : فى العبد والأمة إذا أُعتقا ، فـقال لهما رجل : زنيتما فــى حال العبودية ، حيثُ قال : لا حدَّ عليــه إذا أقام البينة أنهما زيــنا ، وهما عبدان ، ويــدلُّ عليه من كتــاب الله تعالى قــولُهُ : وما ربك بظلام للعبيد ولا خلاف بين الأمة أن ذلك عام فى الجميع ، ومصداق ذلك أيضًا أنَّ العرب تقول للأمة عبدة .

ولهذا اتفق العلماء فى قوله علــيه السلام « من أعتق شركًا له فى عبد » أن الأمة فى معـنى العبد ، إما لاشــتراكهما فى [الــصفة] [1] كـمـا قــال بعضهم ، وإما لكونه قياسًا على الأصل ، وهو مذهب حُذَّاق الأصوليين . [وإلى] [2] أن لفظ [العبيد] يتناول الذكور والإناث ذهب فضل بن سلمة واعتــمد ما اســتقرأ مــن « كتاب القــذف » ، ولا معتــمد له فــيه ، [لأن قوله][3] :وهما عبدان من باب تغليب المذكر على المؤنث إذا اجتمعا .

وسبب الخلاف : ما تقدم من الدلالة العرفية والوضعية أيهما يغلب .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ : الصيغة .

(٢) فى هـ : على .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثالثة

إذا قال :كل عبدٍ أمْلُكُه أو أشتريه فهو حُر ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوْجه :

أحدها : أنْ يُعبر بلفظ الاستقبال .

والثانى : أن يعبر بلفظ يقتضى [الحال] (١) .

والثالث : أن يعبر بلفظ مشكل [مضارع](٢) للحالتين .

فأمَّا الوجهُ الأول : إذا عبر بلفظ يقتضى الاستقبال أو [ما] (٣) فى معناه، مثل قوله : كلُّ عبدٍ أملكُهُ فيما أستقبل . أو غدًا أو أبدًا ، وقال : أكتسبهُ أو أستفديه أو يدخُلُ فى ملكى أو أملكه إلى شهر أو سنة .

فلا خلاف فى هذا الوجه أنَّهُ لا يدخل فيه ما فى ملكه ، وإنما يلزمه فى الاستقبال [مع] (٤) ، التخصيص إمَّا بالزمان أو بالبلدان وإما بالجنس والأعيان ، [ويسقط] (٥) مع الشمول والعموم ، لأن ذلك من باب تضييق الواسع وسد باب الإباحة .

وأمَّا الوجه [ق/ ١٨٤ جـ] **الثانى** : إذا عبر بلفظ الحال ،مثل قوله : كل عبد أملكه الآن ، أو ملكته ، أو فى ملكى ، أو تحت يدى ، أو عبدى، أو عبيدى ، أو مماليكى ، أو رقيقى ، فلا خلاف فى المذهب أنهم يدخلون فى اليمين ويعتقون عليه ، دون ما يستأنف تملكه بعد اليمين . وأما

---

(١) فى أ : الاستقبال .

(٢) فى أ : مطاوع .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : وليقص .

الـوجه الـثالـث : إذا عبر بلفظ مـشكل مضارع للحالتين حـالة الماضى وحالة الاستقبال .

والمضارع فـى وضع اللغـة : المشابهـة ، كقوله : كُـلَّ عبد أملُـكُهُ أو أشتريهِ، هل يختص بالحال أو بالاستقبال أو يعم الوجهين ؟

فعلى هذا الاحتمال تتخرج أجوبة الكتاب ، وعليه يتنزل تأويل ما تأول فيه مـن الاضطراب ، هل إنمـا اختلف الجـواب لأجل اختلاف الـسؤال أو لأجل اختلاف [ق/ ٧٤ هـ] الأحوال أو إنما هو اختلاف أقوال ؟

فمرَّه جـعله للحال خـصوصاً ، وهو قوله : [إذا قـال : إن : دخلت الدار فكل مملوك أملـكه أبدًا فهو حرٌّ فدخلها فقال : يعـتق عليه إذا حنث إلا فيما عنده يـوم حلف ومرة جعله للاستقـبال [خصوصاً][1] وهـــو قولـــه][2] .

إن كلمت فلانًا أبـدًا ، فكل مملوك أملكه من [الصقـالبة] فهو حر ، قال : فذلك عليه عند مالك إذا كلم فلاناً ، فكل مملوك يملكه بعد ذلك من الصقالية حر ، قال :ذلك عليه عند مالك إذا كلم .

وقوله : « بعد ذلـك » يريد بعد يمينه ، يـشعر بأنه لا شىء علـيـه فيما عنده من الصقالبة قبل يمينه ، وهذا ظاهر قوله فى « الكتاب » .

ومرةً يـرى أن قوله : أملُـكُهُ أو أشتريـه يعم الوجـهين وهو قولـه فى «الكتاب » إذا قال : كل عبدٍ أملكه فهو حر . أو قال : كل جاريةٍ أشتريها فهى حرة . فلا شىء عليه ، لأنه قد عم ومفهوم قوله : أنه لو خص ذلك بزمان أو بمكان أو بجنس للزمه العتق فيما عنده قبل يمينه ، وفيما يملكه بعد

---

(١) فى هـ : خلوصًا والمثبت من جـ وهو الصواب .

(٢) سقط من أ .

يمينه .وعلى هذا تأويل بعضهم « مسألة الصقالبة » وقال : معناها لم يكن عنده صقلبى ، ولو كان عنده لعتق .

ومن المتأولين من جعل ما فى الكتاب اخلاف سؤال ، وأن الأبد عند مالك عائد على دخول الدار ، وعند أشهب عائد « على الملك وإن كان كل واحد منهما تكلم على ما لم يتكلم عليه الآخر ، ولا سيما [على نقل أبى سعيد] (١) [البراذعى] (٢) [فى التهذيب] (٣) .

وفى الرواية الصحيحة ، رواية يحيى بن عمر أن « أبدًا » فى الدخول لا فى الملك ، وأنه لا تأثير له فى الفقه أيضًا فى إثباته الدخول ولا فى إسقاطه ، وإنما تأثيره إذا كان عائدًا على الملك فى الإثبات والإسقاط .

وهكذا اختلفت أجوبة ابن القاسم فى « المُدوّنة » أيضًا فى دخول الدار.

وكلام زيد فى مسألة الصقالبة : إما أن يحمل على أنه اختلاف سؤال .

وفى بعض روايات « المُدوّنة » : فكل مملوك أملكُهُ بعد ذلك . حكاها ابن أبى زمنين ، فعلى هذا يكون اختلافُ سؤال فلا إشكال ، ويحمل على أنهُ اختلاف [حال] (٤) [على] (٥) الرواية المشهورة ، كُلَّ مملوك أملُكُهُ مِن الصقالبة بهد ذلك . بإسقاط « بعد ذلك » [ق/ ١٠٣ع] الذى هو للاستئناف .

أو يحمل [جوابه] (٦) : فى « مسألة الصقالبة » على أنه لم يكن عنده

(١) فى هـ : على ما نقل أبو سعيد .
(٢) سقط من هـ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : فى .
(٦) فى أ : قوله .

يوم اليمين عبد صقلبى ، ولو كان عنده لـعُتق مع ما يملكه فى المستقبل لأنَّ يمينه على الخصوص ، كما لزمهُ العتق فيما عنده فى مسألة الدخول ، وإلى هذا التأويل مالَ أكثر شيوخ المتأخرين ،

ومنهم من حـمل الـكلام على ظاهره ، وجـعل ذلك اخـتـلاف قـولٍ واضطراب رأى ، وهو الصحيح ، وهو مذهب سحنون فيها أملكُهُ أن ذلك للاستقبال .

فيتحـصَّل مِن الكتاب على هذا التأويل إذا قال :كُلُّ عبـد أملكه أو أشتريه ، ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّهُ للحال خاصة ، وهو قوله فى مسألة الدخول .

والثانى : أنَّهُ للاستقبال مجردًا ، وهو قولُهُ فى مسألة الصقالبة .

والثـالث : أنه للعموم فى الحال والاستقبال ، وهو قوله فى « الكتاب » كُلُّ عبد أملكه أو كل جارية أشتـريها فهى حُرَّة ، [حيث] [1] قـال : لا شىء عليه ، لأنَّهُ قد عمَّ .

وظاهر قوله أنَّهُ لا شىء عليه لا فى الحال ولا فى الاستقبال .

[لأجل العموم . مفهومه أنه لو خص ألزمه فيما عنده وفيما يملك] [2]

والحمد لله وحده على كل حال .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ

المسألة الرابعة

إذا قال : إن كلمت زيدًا ، فعبدى فلان حر .

فلا يخلو من أن يحنث قبل أن يخرجه من ملكه أو بعد أن أخرجه من ملكه .

فإن حنث قبل أن يخرجه من ملكه عتق عليه ، بلا خلاف .

فإن حنث بعد أن أخرجه من ملكه ، ثم عاد إليه بعد ذلك ، **فلا يخلو من أربعة أوجه** :

أحدها : أن يخرج العبد من يده اختيارًا [وعاد إليه اختيارًا] [١] .

والثانى : أن يخرج من يده اضطرارًا ، وعاد [إليه] [٢] اضطرارًا .

والثالث : أن يخرج من يده اضرارًا ، وعاد إليه اختيارًا .

والرابع : أن يخرج من يده اختيارًا ، وعاد إليه اضطرارًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا خرج من يده من يده اختيارًا ، وعاد إليه اختيارًا مثل : أن يبيعه ثم اشتراه ثم كلم زيدًا ، هل يعود عليه اليمين أم لا **فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوّنة »** :

أحدهما : أن اليمين ساقط عنه ولا يعود إليه ، لزوال الملك الأول الذى وقع فيه اليمين ، [وهو قول ابن بكير][٣]، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « كتاب الأيمان بالطلاق » فيما إذا حلف بطلاق امرأتهُ البتة إن فعل كذا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

وكذا ، فطلقهـا ثلاثًا ، ثمَّ تزوجها بعد زوج ، ثم فعل مـا حلف عليه أن اليمين ساقط عنه لزوال الملك الذى فيه .

والثانى : أنَّ اليمين يعود عليه ، وهو نصٌّ قول ابن القاسم فى الكتاب.

وسبب الخلاف : هل يُتَّهم السيد فى إخراج العبد من ملكه فى الفرار من الحنث أم لا ؟

فابن القاسم اتَّهمه أن يتواطئ مع المشترى فيما أظهراهُ من صورة البيع، ليسلم من الحنث ، ولهذا فرق بين البيع والميراث .

وابن بكـير لم يتهـمه لضعف الأسـباب المؤثرة فـى قيام التهـمة ، بل لعدمها جُملةً .

فإذا كانت التهمــة فى أن يتفق البائع والمُشترى فيمــا أظهراهُ من البيع ، وأين التهمة إذا مات المشترى ، ثُمَّ اشتراهُ البائع من ورثته أو تداولته الأملاك فى حياة المشـترى الأول [حتى] [1] اشتراه الحالف البـائع من آخرهم مع طول الزمان .

وهذا كُلُّـهُ يؤخذ [من] قول ابـن القاسم فى مـراعاة التُّهمــة ، وبهذا وأمثالـه صار قول ابن بكـير أصح من قول ابـن القاسم فى المـسألة ، وأن التهمة لو كانت محققة لحنـث إذا كلم زيدًا ، والعبد فى ملك غيره ، ولأن العبد لم يخرجه [ذلك] [2] من ملكه .

والجواب عن الوجه الثانى والثالث : إذا خرج من يده اضطـرارًا واختيارًا، وعاد إليه اضطرارًا [أو اختيارًا] [3] مثل أن يبيعه الحالـف باختياره أو باعه

---

(١) فى أ : ثم .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

عليه [الإمام] [١] فى فلس ثم ورثه بعد ذلك ، **فلا يخلو من وجهين :**

أحدهما : أن يصير له من الميراث مقاسمة، أو اشتراه من تركة من هو وارثه .

فإن أخذه فى سهمه فى المقاسمة : فلا خلاف أن اليمين ساقط عنه ولا يعود عليه .

فإن اشتراه من جملة التركة ، فإن كان مثل ميراثهِ أو أقلِ [فقولان][٢]:

أحدهما : أن اليمين [ساقطة] [٣] لا تعود عليه ، وهو نصُّ المُدوّنة .

ويتخرج من الكتاب قولٌ ثان : أن اليمين تعود عليه ، إذ لا فرق بين أن يشتريه [من تركه] [٤] من يرثه أو [من تركة] [٥] غيره ، لأن سهمه من الميراث لم يتعين فى عين ذلك العبد ، بل [هى] [٦] فى بعضه ، ثم إنه [قد] [٧] اشترى [بقيته] [٨] لبقية سهمه من جملة التركة ، فصار بمنزلة ما لو كانت قيمته أكثر من سهمه ،[فأدى] [٩] بقية الثمن من عنده. وهذا الفصل قد منعه فى « الكتاب » ، ولا فرق بين [الفصلين] [١٠] فلو كان فى التركة من العبيد ما ينقسم ، فقسموهم ، فصار سهمه على

(١) فى هـ : السلطان .

(٢) فى أ : قولان .

(٣) سقط من أ ، جـ .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) سقط من أ .

(٩) فى أ : فرد .

(١٠) فى أ : الأصلين .

ذلك العبد [بعينه] [١] ، يتخرج عتقه [عليه] [٢] على [الخلاف] [٣] فى القسمة هل هى بيع أو تمييز حق ؟

فإن كان العبد [أكثر] [٤] من ميراثه ، فهل يعتق عليه إذا [حنث] [٥] أو يسقط عنه اليمبن ؟ قولان :

أحـدهمـا : أن اليمين [يعود عليه لأنه اشتـرى بعضًا وورث بعضًا وهو نص قوله فى المدونة .

والثـانى : أن اليـمين] [٦] تسقط ، ولا تعود عليـه ، وهو اختيار اللخمى ، لضعف أمر التهمة ، وتغليبًا لشائبة الميراث .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا خرج من يده اضطرارًا ، وعاد إليه اختيارًا مثل : أن يبيعه عليه السلطان فى فلس ، ثم اشتراه بعد ذلك ليسر حدث أو قـبله من واهب أو موصٍ ، هل يعـود عليـه اليمين أم لا ؟ فـالمذهب على قولين [قائمين] [٧] منصوصين فى « المدونة » :

أحدهما : أن اليمين يعود عليه ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدونّة » .

والثانى : سقوطها ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف فى بيع السلطان ، هل يسقط عنه التهمة ويزيل الظنة أم لا ؟ (ق/ ٢١١ أ) .

فابن القاسم يقول: لا يزيلها ، لاحتمال أن يكون قد أخفى ماله وأظهر

---

(١) فى أ : بقيمته .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الإختلاف .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : حلف .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من هـ .

الفلس حيلةً فى إسقاط اليمين عن نفسه ، يبيع السُلطان العبد [ثم يسترجعه] (١) فى ثانى حال .

والغير يقول: [يزيل] (٢) التهمة، لأن بيع السلطان العبد ، يسقط كل تهمة ، لاستحالتها عادة وعرفا أو يعرض الإنسان عرضه [ومهمته] (٣) لليمين فى محافل القضاة وأندية الولاة مع ما فى ذلك من الابتلاء بأنواع من التهديد ، وضروب من الوعيد المحتوم باليمين فى مقطع الحق وملأ من الخلق ، أنه ما ألد ولا شرك وليس وجد للقضاء موضعًا لفعل .

[فأين تبقى] (٤) التهمة ، مع هذا [الامتحان] (٥) الواجب على السُلطان : أن يستديم العمل به فى كل زمان وأوان ، وهو الحقُّ إن شاء الله تعالى .

ويلتحق بالمسألة وجهٌ آخر : إذا باعهُ ثُمَّ رُدَّ إليه بعيبٍ ، هل يحنث بكلام زيد قبل أن يرد عليه أم لا ؟ **قولان قائمان فى « المُدوّنة »** :

وسبب الخلاف : الرد بالعيب ، هل هو نقض بيع أو [هو] (٦) بيع مبتدأ ؟

فعلى القول بأنَّهُ نقض بيع : فإنه يحنث ويعتق عليه إذا رد ، وهو قول أشهب فى « كتاب الاستبراء » .

وعلى القول بأنه بيع مبتدأ ، فيتخرج على الخلاف الذى قدمناه بين ابن

---

(١) فى هـ : ليستخرجه .

(٢) فى أ : تزول .

(٣) فى هـ : مصحبته .

(٤) فى أ : فإذا ثبتت .

(٥) فى أ : الاحتمال .

(٦) سقط من أ .

القــاسم وابــن بكيــر ، وهو قول [ابــن القــاسم] [١] [فـــى « كـتـــاب الاســتبــراء »][٢] ، فى الأمة الرائعــة إذا رُدَّت بعيب ، فالمواضعة فـيها على المشترى ، وهذا منه بناءً على أنَّ الرد بالعيب بيع مبتدأً .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

المسألة الخامسة

في اليمين بالعتق على فعل ، ولا يخلو الحالف من ، وجهين :

[أحدهما] (١) :أن يحلف على فعل نفسه .

[والثاني] (٢) : أن يحلف على فعل غيره .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا حلف على فعل نفسه ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يحلف [ألا يفعل . **والثاني**: أن يحلف ليفعلن فإن حلف ألا يفعل من أن يحلف] (٣) بعتق عبده ألا يفعل فعلاً ، فإنه على بر ، ويحل له البيع والوطء حتى بفعل ذلك الفعل .

فإن فعله والعبد في ملكه : عتق من رأس ماله إن كان [فعله] (٤) في الصحه [ق/ ١٠٤ ع] أو من الثلث إن كان فعله في المرض .

واختلف [فيما إذا ولد] (٥) للعبد من أمته قبل الحنث ، هل يدخل معه في الحرية أم لا ؟ قولان :

أحدهما : أنه لا يدخل معه ، وهو قول ابن القاسم [وهو مذهب] (٦) « المُدوّنة » .

---

(١) في« أ : إما .

(٢) في أ : وإما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فيما يولد .

(٦) في أ : في .

والثانى : أنه يدخل معه ، وهو قول أصبغ .

وأما إن حلف ليفعلن ، فلا يخلو من أن يضرب ليمينه أجلاً أم لا ؟

فإن ضرب ليمينه أجلاً : فإنه يمنع من البيع اتفاقًا ، وفى الوطء قولان:

أحدهما : أنه [لا] (١) يمنع منه ، وهو قول ابن القاسم فى «الكتاب» .

والثانى : [أنه] (٢) يمنع منه ، وهو قول مالك أيضًا فى « المُدوّنة » ، وهو قول ابن القاسم فى « العتبية » .

وسبب الخلاف : هل ذلك شبيه بنكاح [المتعة] (٣) أم لا ؟

فإن مضى الأجل ولم يفعل : فإن الـعبد يعتق من رأس المال ، إن حل الأجل والسيد صحيح .

وإن مات السيد فى الأجل ، فهل يُعتقُ العبد أم لا ؟ قولان :

أحدهـما : أنه لا يُعتق عليه ،وهو نصّ قول ابن القاسم فى « المُدوّنة»، وهو المشهور ، لأنَّهُ صار فى ملك الوارث قبل بلوغ وقت حنثه .

والثـانى : أنَّ العبد يُعتقُ ، وأنه يحنث وإن مات فى الأجل ، وهو قول ابن كنانة ، لأن الحنث يقع عليه .

وأما إذا لم يضرب [ق/ ١٥٨ جـ] ليمينه أجلاً ، **فلا يخلو من وجهين:**

أحدهما : أن يحلف ليفعلن فعلاً فى عبدهِ .

والثانى : أن يحلف أن يفعله فى غيره .

فإن حلف ليفعلنَّهُ فى [غيره] (٤) مثل : أن يحلف بعتقه ليضربنَّهُ .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : المعتدة .

(٤) فى ع ، هـ : عبده .

فإن حلف على ضرب يجوز له ، فإنَّه يمكن من ضربه ويبر فى يمينه .

فإن باعهُ قبل أن يضربهُ : فالبيع مردود مع القيام ، وهل يرد إلى الإيقاف أو إلى حُرِّية [ق/ ٧٥هـ] ؟ **قولان قائمان من «المُدوّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ يُرد إلى الإيقاف [وهو قول ابن القاسم] (١) .

والثانى : أنَّهُ يُردُّ إلى الحريَّة ، وهو قول ابن دينار .

فإن مكنه المشترى من الضرب من ملكه ، فضربه ، فهل يبرأ بذلك أم لا ؟ قولان قائمان من « المُدوّنة » منصوصان فى المذهب .

وسبب الخلاف : هل المعتبر فى الأيمان ما يوجبه اللفظ أو المُعتبر المقصد؟

وعلى القول بأنَّه يُردُّ إلى الملك ، فإن كاتبه سيدهُ وضربهُ فى كتابته ، هل يُبرئُهُ ذلك الضرب ويستمر على كتابته ؟ قولان قائمان من « المُدوّنة » منصوصان فى المذهب :

أحدهما : أنَّهُ يبرأ ، وهو قولُ مالك وابن القاسم .

والثانى : أنه لا يبرأ ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : تردُّد [المكاتب] (٢) بين البقاء فى الملك والخروج منه. وعلى القول بأنَّ ذلك الضرب لا يبرئُهُ : فإنَّ الكتابة تُوقَّف ، فإن أداها بعد أن كان عتيقاً بالحنث ، ويرد عليه جميع الكتابة ، وكأنُّه لم يزل عتيقًا ، وهذا مثل أحد قولى مالك فى آخر « كتاب العدة » فى أُمِّ ولد المكاتب ، [أنها] (٣) تكون أُمَّ ولد بما ولدت [فى] (٤) الكتابة إذا أدى .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : الكتابة .

(٣) فى أ : إنما .

(٤) سقط من أ .

فإن عجز ورجع رقيقًا للسيد ، هل يبرئُهُ ذلك الضرب [أو لا يبرئه إلا ضربًا آخر] (١) ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يُجزئُهُ [وهو قول أشهب] (٢) .

والثانى : أنه لا [يجزئه] (٣) إلا ضرب آخر ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : اعتبار الحال والمآل ، كما تقدم

فإن مات السيد قبل الضرب : فإن العبد يعتق من الثلث .

فـإن حلف على ضربٍ لا يجـوز : فإنه لا يمـكن منه ، ويعجل عليـه العتق فى الحال .

فإن اجتـرأ وضربه ، فإنه يبرأ من الحنث ، ويكون [مأثومًا فـيما] (٤) بينه وبين الله تعالى .

وأما إذا حلف على فعل يفعله فى [غـير عبده] (٥) كقـوله : إذا لم أدخل الدار ، فعبدى فلان حُرٌّ . فإنه يمنع من البيع اتفاقًا ، وفى الوطء أربعة أقوال :

أحدها : أنه يمنع منه جملة [وهو نص المدونة] (٦) .

والثانى : التفصيل بين أن يكون [يمينه] (٧) على ما هو كالأجل ، مِثل أن يحلف ليكلـمن زيدًا أو ليـركبن هذه الدابة ، فلهُ أن يطأ ، لأن حـسـاة

---

(١) فى هـ : أو لابد له من ضرب آخر .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : يبرئه .

(٤) فى هـ : ما نوى .

(٥) فى أ : غيره .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : مقصد .

المحلوف عليه ، كالأجل أو تكون يمينه على دخول الدار وشبهه ، فيمنع من الوطء ، وهو قول مالك فى « كتاب محمد » .

والقول الثالث : عكس ذلك أنه إن كانت يمينه مما يقع عليه الحنث فى حياته يومًا ما منع من الوطء.

وإن كان مما لا يقع الحنث [فيه] (١) إلا بموت نفسه مثل : أن يحلف إن سافر ليتزوجن ، فلا شىء عليه ، لأن الحنث والعتق إنما يقع عليه بموته ليس فى حياته ، وهو قول ابن كنانة فى « كتاب ابن حبيب » .

والقول الرابع : أنه لا يمنع من الوطء جملة ، وهو ظاهر قوله مالك: أن ترك الوطء محدث ، ليس من الأمر القديم . يريد أنه لا يمنع منه على حال من الحالات قال : والاستحسان [منع] (٢) الوطء ، وليس بواجب، ولأنه منع منه [من منع] (٣) ، لأنه شبيه بنكاح المتعة واختلف فيما ولد العبد من أمته ، هل يدخل معه فى العتق أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنه يدخل معه ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنه لا يدخل معه ، وهو قول الغير ، وهو قول شاذ .

والجواب عن الوجه الثانى من أصل التقسيم : وهو أن يحلف على فعل غيره فلا يخلو من أن يحلف ألا يفعل أو يحلف ليفعلن .

فإن حلف ألا يفعل مثل أن يقول : عبدى حر إن فعل فلان كذا فهو كالحالف على فعل نفسه أيضًا .

وإن لم يضرب أجلاً ، فلا يخلو من وجهين :

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : ترك .

(٣) سقط من أ .

أحدهما : أن يحلف على فعل غيره .

والثانى : أن يحلف على فعل عبده .

فإن حلف على فعل عبده مثل قوله : عبدى [فلان] (١) حر إن لم [يدخل] (٢) الدار فلا يخلو السيد أيضًا من أن يريد إكراهه [على الفعل](٣) أم لا : فإن نوى إكراهه على الفعل ، فله أن يكرهه على الفعل، ويبرئ .

فإن مات السيد قبل أن يكرهه على الفعل ، فإن العبد يعتق من الثلث، وهل يبرئه إكراه الورثه [أم لا] (٤) ؟ قولان قائمان من « المُدوّنة » من «كتاب بيع الخيار » ومن « كتاب التذور » من مسألة الذى جعل امرأته [بيد أمها ثم] (٥) ماتت الأُم .

ومن مسألة الذى حلف لغريمه ليقضينه حقَّه رأس [المال] (٦) إلا أن يؤخره .

وأما إن حلف على فعل الأجنبى كقوله : إن لم يحج فلان ، فعبدى حرٌّ. فهل هو كالحالف على فعل نفسه [أم لا] (٧) ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنه كالحالف على فعل نفسه .

والثانى : [أنه] (٨) ليس كالحالف على فعل نفسه ، وهو مذهب

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : أدخل .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) فى أ : بيدها إن .
(٦) فى هـ : الهلال .
(٧) سقط من أ .
(٨) سقط من أ .

«المُدوّنة» .

لأنه قال : يتلوم للأجنبى ولا يتلوم للحالف .

فإن فعل فلان بر الحالف ، وإن أبى أن يفعل تلوم له السلطان [على] (١) قدر ما يرى أن الحالف أراده .

فإن أبى من الفعل عتق العبد ، واختلف إذا مات السيد الحالف فى أيام التلوم ، هل يعتق العبد أم لا ؟ على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنه يعتق من الثلث ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنه لا يعتق من الثلث ، ولا من رأس المال ، وهو قول أشهب فى « الكتاب » .

والثالث : أنه لا يعتق من الثلث [وهو قول ابن القاسم فى المدونة] (٢) وهكذا اختلف ، هل للسيد الوطء فى أيام التلوم أم لا ؟ على قولين:

فعلى قول ابن القاسم : يُمنع .

وعلى القول أشهب : [لا] (٢) يمنع .

وسبب الخلاف : هل التلوم كالأجل أم لا ؟

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة

إذا قال : أحد عبيدى حرٌ أو إحدى نسائى طالق .

فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون له نية فى واحد بعينه ، وهو ذاكر له .

والثانى : أن يكون له نيةٌ فى واحد بعينه ، ونسيهُ .

والثالث : ألا يكون له نية فى واحد بعينه .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانت له نية فى واحد بعينه ، وهو ذاكرٌ له فلا خلاف أن ذلك المعين يعتق وحده ، ولا شـىء على السيد فيما عداه ، وكذلك الطلاق .

والجواب عن الوجـه الثانى : إذا نوى واحدًا بعينه ثم نسيه ، **فلا يخـلو من وجهين** :

أحدهما : أن يتذكر بعد النسيان [**والثانى** : أن يستمر عليه النسيان] (١) ، فإن تذكر بـعد النسيان ، وقال : نـويت مرزوقًا ، فلا يخلـو من أن يدّعى ذلك فى صحة أو مرض .

فإن ادعـى ذلك فى صحـةٍ ، فلا خلاف أعـلمه فـى المذهب نصّـا أنه يصدق ، وهل ذلك بيمين أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنَّهُ يصدق [فى التعيين] (٢) بغير يمين ،وهو قول ابن القاسم.

والثانى : أنه لا يصدق إلا بيمين ، وهو قول أشهب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن ادعى ذلك فى مرض و[عنده] (١) عبدان فلا يخلو من أن يكونا متكافئين أو مختلفين .

فإن كانا متكافئين : صدق وخرج [ق/ ١٠٥ع] الذى نواه ، وعينه من رأس المال اتفاقًا .

وإن كانا مختلفين .

فإن قال : نويت الأدنى صدق وعتق من رأس المال .

وإن قال : نويت الأعلى هل يجعل الفضل من قيمته فى الثلث أو يخرج الجميع من رأس المال ؟ **قولان منصوصان فى « المُدوّنة »** :

أحدهما : أن الفضل مجعول فى الثلث ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن جميعه خارج من رأس المال ، وهو قول الغير [فى المدونة] (٢) .

وسبب الخلاف : المخير بين شيئين ، هل يعد مختارًا لما ترك أم لا ؟

إلا أن ابن القاسم يلزمه على [هذا البناء] (٣) إذا قال : نويت الأدنى، أن يقال : يجعل فى الثلث أيضًا ، لأنه إنما جعل الفضل فى الثلث لاحتمال أن يكون قد اختار الأدنى أولاً ، ثم انتقل إلى الأعلى ثانيًا ، فيكون فى ذلك (ق/ ٢١٢ أ) عتقًا مبتدأ فى المرض فيصرف إلى الثلث .

وبذلك أيضًا يحتمل أن يختار أيضًا الأعلى أولاً ، ثم انتقل إلى الأدنى ثانيًا ، فيكون عتقًا مبتدأ فى المرض فيصرف إلى الثلث .

وهذا الالتزام ، لازم لابن القاسم ، ولا محيص له عنه ولا مناص .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : هذه النية .

وهذا التفـصيل بين الصـحة والمرض يلزم فى الوجـه الأول إذا لما يسأل السيد عن نيته حتى مرض .

والجواب عن الوجـه الثانى من الوجه الثانى : إذا استمر عليـه النسيان فإنه يعتق عليه ما عنده من العبيد ، ويطلق ما عنده من النساء ، وذلك تحكم ، وهو من باب تغليظ الحظر على الإباحة إذا اجتمعا .

ولو كانا عبيدين ، ولكل واحد منهـما أولاد أحرار ، فماتا وخلفا مالاً قبل أن يحكم بعتقـها ، فإن المال بين السيد و[بين] [1] الأولاد نصـفان ، لأن أحدهـما حـرٌّ على كل حال ، فلمـا أن جهل عـينه وتساوت الـدعاوى بينهما، قسم المال بينهـما أيضًا ، كالشىء [المتداعى] [2] فيـه ، وإن مات واحد منهـما : كـان الحكم فيـما خلف من المال كـذلك ، والباقى منهـما عتيقًا .

والجـواب عن الوجه الثـالث : إذا لم تكن له نية فى واحـد بعينه ، فـقـد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أن العتق والطلاق يجرى فى جميع ما عنده من النساء والعبيد، ولا خيار له ، وهو قوله فى كتاب ابن الجلاب .

والثـانى : أن له أن يختـار فى العتق والطلاق ، وهى رواية المدنيين عن مالك .

والثـالث : أنَّ لهُ أن يختار العِـتق دون الطلاق ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » ، وهى رواية المصريين عن مالك أجمع .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ المدعى .

ومن فرق بين العتق والطلاق ، يقول : لافتراق أصليهما .

فأما العتق ، فيقبل التبعيض والاختيار ، بديل جواز العتق فى بعض العبد ، وأن العتق المبعض يجوز أيضًا ، ويكمل [فى] (١) واحد ، ويحرم [منه] (٢) من كان له فيه نصيب ، كالمبتلين فى المرض ، على مذهب «المُدوّنة » أيضًا ، فإن الملك يقبل الخيار ، [والاختيار] (٣) من أصله .

فلو قال رجل لرجل : أبيعك أحد عبيدى هؤلاء ، أيا شئت [أنت](٤) منهم فإنه يجوز على مذهب المدونة .

فلو قال له : أزوجك إحدى ابنتى هاتين ، أيتهما شئت أنت لم يجز اتفاقاً.

فلما افترقت أصولهما افترقت الفروع المركبة عليهما .

فإن مات قبل أن يختار ، فهل للورثة الخيار كما كان له ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما :أن الخيار للورثة كما كان للميت،وهو قول ابن القاسم وأشهب **والثانى** : أن الورثة لا خيار لهم ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب محمد»، ويعتق من رأس المال عشرة ، إن كانوا عشرة أو خمسة إن كانوا خمسة .فإن لم يختر السيد حتى مرض ، كان على خياره .

فإن اختار الأدنى كان من رأس المال .

فإن اختار الزعلى ، هل يكون الفضل فى الثلث أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : والخيار .

(٤) سقط من أ .

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أن الفضل يصرف إلى الثلث ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن جميعه خارج من رأس المال ، وهو قول الغير .

والقولان فى « المُدوّنة » .

وسبب الخلاف : المخير بين الشيئين ، هل يعد مختاراً لما ترك أم لا ؟فإن لم يخير السـيد حتى مات أحدهما ، وكانا اثنين ، فـإن مات حتف أنفه : كان ما خلف من المال لسيده بالرق ، وكان الباقى عتيقًا .

فإن مات مقتولاً هل يـحكم له بحكم العبد أو يحكـم له بحكم الحر ؟ **قولان :**

أحـدهـمـا : أن يحكـم له بحكم الحر ، ويـكون فيه الدية فـى الخطأ والقصاص فى العمد .

الثـانى : أنه يحكـم [على من] [(١)] مات منهما بحـكم العبد ، وعلى قاتله قيمة عبد ، ويكون الباقى عتيقًا ، وهو قول سحنون .

فإن ماتا جميعًا قبل الاختيار ، **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أن الأول موروث بالرق وآخرهما موتًا مورث بالحرية .

والثانى : أنهما جميعًا ماتا على الرق ، وبه يورثان .

والقولان لسحنون [ق/ ٧٦هـ] .

وسبب الخلاف : الاختيار ، هل يفتقر إلى حكم حاكم أم لا ؟

والحمد لله وحده . [ق/ ١٨٦جـ]

---

(١) فى أ : لمن .

المسألة السابعة

إذا قال لأمتيه : إن دخلتما هذه الدار ، فأنتما حرتان ، أو لامرأتيه : فأنتما طالقتان .

فإن دخلتا جميعا عتقتا وطلقتا ، ولا خلاف فى ذلك فإن دخلت واحدة منهما دون الأخرى ، **ففى المذهب ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنه لا شىء على الزوج ، ولا على السيد حتى يدخلا جميعًا ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » .

والثانى : أنهما يعتقان جميعًا بدخول الواحدة ، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم فى « العتبية » .

والثالث : أن الداخلة تعتق خاصة ، وهو قول أشهب فى [«العُتبية»][1] .

وسبب الخلاف : الحنث ، هل يقع بأقل الأشياء أو لا يقع إلا بأكملها؟ والذى يأتى على [مذهبه] [2] المعهود له فى « المُدوّنة » ما قاله فى «العتبية»: إنهما يعتقان جميعًا بدخول الواحدة . لأن مشهور مذهبه أن الحنث يقع بأقل الأشياء ، إذ لا فرق بين أن يقول لها : إن دخلت هاتين الدارين فأنت حُرَّة ، فدخلت واحدة ، فيحنث وبين أن يقول لأمتيه : [إن دخلتما هذه الدار] [3] فأنتما حرتان ، فدخلتهما واحدة منهما .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى ب : المدونة .

(٢) فى أ : مذهب .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثامنة

في العتق [بالسهم]

ولا يخلو ذلك من ثلاثة [أوجه] (١) :

أحداها : أن يقول « ثلث رقيقى أو نصفهم أحرار » .

والثانى : أن يقول « أثلاث رقيقى أو أنصافهم » .

والثالث : أن يسمى منهم عدداً معلومًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا قال : ثلث رقيقى أو نصفهم أحرار ، فلا يخلو من أن يكون ذلك فى صحة أو مرض .

فإن كان ذلك فى صحة ، فهل يسهم بينهم أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنه يسهم بينهم ، ويعتق من خرج اسمه إلى مبلغ قيمة الجزء الذى سمى كان ذلك فى عبدٍ أو بعض عبد، ويستتم عليه ما بقى من ذلك العبد بعد تمام الجزء ، وهو قول مالك فى « كتاب ابن المواز » .

والثانى : أنهم يعتقون جميعًا ، [حتى يأتى على جميع] (٢) ما عنده ، ولا يسهم بينهم ، وهو قول أصبغ فى « كتاب ابن حبيب » .

والثالث : أن يختار للعتق من أحب من عبيده ، إلى مبلغ [ذلك] (٣) الجزء الذى سمى ،وهو قول سحنون فى « كتاب ابنه » ، وهل ذلك بيمين

---

(١) فى هـ : أقسام .

(٢) فى هـ : أعنى جميع .

(٣) سقط من أ .

أو بغير يمين ؟ قولان :

أحدهما : أنه يحلف ما أراد واحداً بعينه ، وهو قول سحنون .

والثانى : أنه لا يمين عليه ، وهو قول ابن القاسم .

والقولان فى « النوادر » .

فإن قال : أنصاف رقيقى ، أو أثلاثهم ، أ و قال : نصف كُلٍّ رأس ، [أو ثلث كل رأس] (١) . فإنه [لا] (٢) يسه بينهم للعقد ، ولكن يعتق من كل واحد منهم الجـزء الذى سمًّى ، ويستتم باقيهم عـليه ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدونّة » ، وبه قال ابن المواز . فإن قال : عشرة من رقيقى أحرار فإن الثـلاثة الأقوال تجرى فيه ، [وله] (٣) أن يختار من شاء منهم أو يقرع بينهم أو يقع الحصاص .

فإن كان ذلك فى مرض ، وقال : ثلث رقيقى أحرار أو نصفهم ، فهل يسهم بينهم أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحـدهـا : أنه يقرع بـينهم حتى يـستكمل ذلك الجـزء ، وهو مذهب «المُدونّة» .

والثـانى : أن ذلك الجزء يعتق بينهـم بالحصص ، وهو قول أبى زيد بن [أبى] (٤) [الغمر] والحارث ، وأصبغ فى كتاب محمد .

والثالث : التفصيل بين أن يكون له مال سواهم : يخرج ذلك الجزء من ثلثه ، أو له مال لا يفى بثلثهم : فإنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه ، وهو

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

قول أشهب فى « كتاب ابن حبيب » .

وعلى القـول بأن ذلك الجزء [يعتـق منهم] (١) ، إما بـالقـرعة [ق/ ١٠٦ع] وإما بالحصص .

فإذا أعـتق ذلك [منـهم] (٢) ، ونفذ العتق فى مـرضه ، على القول باعتبار المال المأمون ، هل يستتم عليه عتقهم فى ثلثهم بعد الموت .

وإن عتق ذلك الجزء بالحصص أو بالقُرعَة ، إن استكمل ذلك الجزء فى بعض عبد أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين فى « المُدوّنة » ؟**

أحـدهمـا : أنه يستتم عليـه إن مات ، وإن عاش أتموا من رأس ماله ، وهو قوله فى « النوادر » .

والثانى : أنه [لا] (٣) يستتم عليه ، لأن الميت لم يقصد إلى التبعيض، وإنما ذلك أمرٌ أوجبته الأحكام .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الأثر الوارد عن رسول الله ﷺ فى العتق بالسـهم ، هل ذلك فـى المبتلـين ، أو ذلك فى الموصـى بعتقـهم ؟ فروى [عـــن] (٤) عمران بن الحصين : أن رجلاً أعتق عبيدًا له عند موته ، وهم ستة ، ولا مال لـه غيرهم ، فأسهم رسول الـله ﷺ بينهم ، فأعـتق ثلث أولئك الرقيق (٥) .

فقيل : بتل عـتقهم ، وقيل : أوصى بعتقـهم ، ولاخلاف فى المذهب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) أخرجه مالك (١٤٦٣) والشافعى (٩٤٤) والبيهقى فى « الكبرى » (٢١١٨٩) .

أن العتق بينهم بالحصص .

ولا خلاف فى الموصى بعتقهم أن العتق بينهم بالقرعة .

واختلف فى المبتلين فى المرض ، هل هم كالموصى بعتقهم أو كالمدبرين؟

وأما إن قال : أنصاف رقيقى ، أو أثلاثهم ، أ و ثلث كل رأس . [أو نصف كل رأس] [١] فلا خلاف أعلمه فى المذهب أنه يعتق من كل واحدٍ منهم ما ذكر ، إن حملهم الثلث ، ويستتم منهم ما بقى فى ثلثه إن مات،وإن عاش أتموا من رأس المال .

فإن لم يحملهم الثلث فإنهم يتحاصون فى الثلث بقدر قيمة كل واحدٍ منهم .

وأما إن قال عشرة من رقيقى [أحرار] [٢] ، وهم ستون ، هل يعتبر فى تلك الوصية [الجزء] [٣] أم العدد ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها فى « المُدوّنة » :

أحدها : أن المعتبر فيه الجزء دون العدد ، حتى لو لم يبق منهم إلا [واحد أعتق منه] [٤] ذلك الجزء ، وهو قول عبد الملك بن الماجوش فى كتاب ابن حبيب .

والثانى : أن المعتبر فيه العدد مهما حمله ثلث جميع ماله من الرقيق وغيرهم .

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

وهذا القول حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم ، وعليه حمل ابن أبى زمنين مذهب « المُدوّنة » ، والذى قاله ظاهر « المُدوّنة » من « كتاب الوصايا الأول » ، و « كتاب العتق الأول » .

فالذى فى كتاب « الوصايا الأول » فيمن أوصى لرجلٍ بعشرةٍ من غنمه : أنه يعطى العشرة ، يدخل فى تلك العشرة ما دخل . فتأوله [بعضهم] (١) أنه أراد من القيمة .

والذى فى كتاب « العتق الأول » أظهر ، إذا قال : رأس من رقيقى أو خمسة أو ستة أحرار . ولم يسمهم بأعيانهم ، حيث أجاب فيها كالجواب الأول فى القرعة بينهم . إلى قوله : ولا يُلتفت فى ذلك إلى العدد ، إذا كان فيما يبقى للورثة ثلاثة أرباعهم ، أو خمسة أسداسهم بقية الأجزاء على ما سمى .

قال : وهذا إذا لم يترك مالاً غيرهم ، [فإن ترك مالاً غيرهم] (٢) واستكمل عتق جميعهم على ما سمى فى ثلث جميع ماله ، حتى يأتى على جميع وصيته التى سمى على ما فسرت لك [فافهم هذا التحصيل تربت يداك] (٣) .

وهذه الزيادة ليست فى أصول « القروية » ولا ذكرها مختصروهم ، وهى ثابتة فى أصول الأندلسيين وغيرهم .

والقول الثالث : أن المعتبر فيهم الجزء والعدد ، وأنه مهما أخرج سدسهم بالقيمة لا ينظر إلى العدد ، سواءٌ خرج أقل من العشرة أو أكثر ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وعلى هذا يدل لفظه فى « الكتاب » فى غير ما موضع ، كقوله : إن بقى منهم (ق/ ٢١٣أ) عشرون عتق منهم النصف ، وإن بقى منهم ثلاثون عُتق ثُلثهم بالقُرعة ، ويرق ما بقى ، وإن بقى [منهم] (١) أحد عشر عتق منهم عشرة أجزاء من أحد عشر جُزءاً ، وهو قوله فى « كتاب الوصايا الثانى » ، فيمن قال :عشرون من غنمى لفلان وغنمه مائة ، فإنه يعطى [خمسها] (٢) بالسهم ، وقع له فى ذلك عشرون أو ثلاثون أو عشرة ، ولم يكن له غير ذلك .

فإن هلكوا كلهم إلا عشرة فإنهم يعتقون جميعًا ، إن حملهم الثلث ، وهذا هو مشهور مذهب ابن القاسم فى « المدوّنة » ، وبه قال ابن عبد الحكم وعبد الملك وابن كنانة وابن حبيب ، وأنَّهُ [لا يزاد] على ما خرج فى السهم ، ولا يلتفت فى ذلك إلى العدد ، وإن حمله الثلث ، وإنَّ ذكر العدد هاهُنا كذكر الجزء .

وسبب الخلاف : [هل] النظر إلى الألقاب والمسميات أو النظر إلى المعانى والمقاصد ؟

فمن اعتبر الألقاب والمسميات قال : باعتبار العدد .

ومن اعتبر المقاصد والمعانى قال : [الاعتبار بالحزء] (٣) وأما ابن القاسم الذى اعتبر الجزء أولاً والعدد آخراً ، فقد [اعتبر الطريقين] (٤) [ولاحظ الشقين] (٥) .

---

(١)سقط من أ .
(٢) فى أ : خمسه .
(٣) فى أ : لا اعتبار بالجزء .
(٤) فى ع ، هـ : راعى الطرفين .
(٥) سقط من أ .

وعلى القول باعـتبار الجزء أولاً وآخراً ، هل يعتق منهم ذلـك الجزء بالقرعة أو بالحصص ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أَنَّهُ يعتق منهم بالقرعة ، وهو مذهب المُدوّنة .

والـثـانـى : أَنَّهُ يُعتق مـنهم بالحصص [وهو قول المُغيـرة فى كتاب ابن سحنون .

والـثالـث : أن الورثة بالخيار بـين القُرعة والحصص] (١) ، وهو قـول أشهب فى كتاب محمد .

وعلى القول بأنه يعتق منهم بالسهم ، فصفته على القول باعتبار العدد: أن يضرب بـالعدد الذى سمى ، ويـكتب أسماءهـم فى بطاقة ، ثم يـسهم بينهم حتى يخرج ذلك العدد من غير اعتبارٍ بالقيمة إذا استكمل العدد .

وصفتهُ عـلى القول باعتـبار الجزء أنْ يقوموا جـميعًا ، ثُمَّ يكـتب اسم كل واحد منهم فى بطاقة ، ثم يُقرع بينهم ، فمن خرج اسمه نظر إلى قيمته ، فإن ساوت الجـزء الذى سمى عتق ورق بـاقيهم ، وإن لم يـف به ، وعاد الضرب حـتى يكمـل ذلك الجزء ، دخل فيـه عشرةٌ أو أكثـر أو أقل ، فإن كمل الجـزء بنصف قيـمة واحدٍ منهـم ، فإن النصف الـباقى يتخـرج على الخلاف الذى قدَّمناهُ فى استتمامَ النصف الباقى فى ثُلُثهِ بعد الموت .

[ورضوان من الله أكبر] (٢) والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) زيادة من هـ .

المسألة التاسعة

إذا اشترى أباه وعليه دَيْنٌ يغترقه .

فقد اضطربت أجوبتهُ فى « الكتاب » .

فقال : فيما إذا اشتراهُ وعليه دَيْنٌ يغترقهْ أنَّهُ لا يُعتق عليه ، ولم يذكر البيع ، هل يُردَّ أم لا ؟

وقال فيما إذا اشتراه ، ولم يكن عنده إلا بعض ثمنه ، فقال مالك : أرى أن يرد البيع .

قال ابن القاسم : لا يعجبنى ما قال ، وأرى أن يباع منه بمقدار بقية الثمن ، ويعتق [منه] (١) ما بقى .

ثم قال بعضُ أصحابه وهو المغيرة : لا يجوز له ملك أبيه إلا إلى عتق، فأما إذا كان عليه دين يرده ، فقد صار خلاف السنة إلى آخر المسألة .

فقول ابن القاسم : مطرد ، وأنَّهُ يقول فى المسألة الأولى مثل قوله فى الثانية، وأن البيع عنده صحيح ، ويباع للدين .

فإن استغرقه الدين كان .

فإن وفى بيع بعضه بالدين : فإن الباقى يكون عتيقًا .

وقول المغيرة أيضًا مطرد فى المسألتين ، مخالف لقول ابن القاسم .

وقول مالك مخالف لابن القاسم فى الفصل الثانى : إذا اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه ، والغير يوافقه فى ذلك .

---

(١) سقط من أ .

واختلف فى تأويل قول مالك فى الفصل الأول إذا اشـتراه وعليه دين يفرقه حيث قال : لا يعتق عليه .

هل هو وفاق لقوله فى الفصل الثانى أو خلافٌ له ؟ **على قولين :**

أحـدهمـا : أنه مـوافق [له] [١] ، وأن معنى قـوله فى الأول لا يعتق عليه،كقوله يرد البيع فى الثـانية وهو تأويل الشيخ أبى الحسن بن القابسى ، وهو الصحيح ، لأن المسألة جاءت [مـجتمعة] [٢] باللفظين فى « كـتاب المبسـوط» ونصهـا : قال مالـك : ومن اشترى أباه ، وعليـه دين أو عنده بعض ثمنه لا يعتق منه شىءٌ ، وأرى أن يُرَدَّ البيع .

ثم قال [ق/ ٧٧ هـ] ابن القاسم : لا يعـجبنى ذلك ، وأرى أن يُباع منه [ببقية الثمن] [٣] وهذا هو الصحيح .

والثانى : أن معنى قوله فى [الأولى] [٤] « ولا يعتق عليه » أنه يباع فى الدين [ولا يرد البيع] [٥] .

والثـالث : ينتقض فيها البيع [ق/ ١٨٧جـ] ، وهذا تأويل الشيخ أبى محمد بن أبى زيد .

فعلى تأويل القابسى وما فى « المسبوط » ، **يكون فى المسألة قولان :**

أحدهما : أنه يرد البيع فى [الفصلين] [٦] ، وهو قول مالك ، ويكون قول الغير حُجَّة لهُ .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ :ببقيته .
(٤) فى هـ الأول .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى هـ : اللفظين .

والثانى : أنه يباع فى الدين ، وهو قول ابن القاسم .

[و] (١) على تأويل [ق/ ١٠٧ع] الشيخ أبى محمد ، **يتخرج فى المسألة ثلاثة أقوال من « الكتاب »** :

أحدها : أن البيع لازم [فى الجميع] (٢) ، ويباع منهُ بوفاء الدين ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنه ينتقض البيع فى الفصلين جميعًا ، وهو قول المغيرة فى «الكتاب» .

والثالث : التفصيل بين أن يشتريه [وعليه من الديون ما يغترقه أن البيع الأول صحيح ويباع فيما عليه من الدين وبين أ ن يشتريه] (٣) ، وليس عنده إلا بعض ثمنه ، فيُفسخ فيه البيع ، وهو قول مالك رحمه الله ، وهذا أضعف الأقوال . [والحمد لله وحده] (٤)

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : للجميع .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة العاشرة

فى عتق أحد الشريكين حصَّتَهُ له فى عبدٍ بينهُ وبين غيره فلا يخلو ذلك [من][1] ستة أوجه :

أحدها : أن يكون بين حرين مسلمين .

والثانى : أن يكون بين مملوكين مسلمين .

والثالث : أن يكون بيبن حُر ومملوك .

والرابع : أن يكون بين محجُورٍ عليهِ [ومطلوقُ] [2] اليد .

والخامس: أن يكون بين نصرانيين .

والسادس : أن يكون بين مسلم ونصرانى .

والعبد فى جميع ذلك مسلم أو نصرانى .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان العبد بين أشراكٍ مسلمين ، فأحدث أحدهما فى حقه عقدا من عقود الحرية ، فلا يخلو ما أحدثه من أربعة أوجه:

إما أن يكاتب ، أو يدبر ، أو يعتق إلى أجل ، أو يعتق ناجزاً .

فأما الكتابة فباطلة ، لاستحالة [كتابة بعض] [3] عبد ، لاختلاف صفة الاستسعاء هذا يستسعيه على النجوم ، وهذا يستسعيه على الدوام ، وذلك مخاطرة ومقامرة [وهو] [4] من أكل المال بالباطل .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : ومطلق .

(٣) فى أ : بعض كتابة .

(٤) سقط من أ .

وأما التدبير إذا دبر أحد الشريكين حصته ، هل يجوز [له] [١] ذلك ابتداءً أم لا ؟ قولان ، سواءٌ كان ذلك بإذن شريكه أو بغير إذنه ، والقولان قائمان من « المُدوَّنة » .

[لأن] [٢] تدبير البعض يؤدى إلى بيع المدبر على القول بالمقاواة على ما سيأتى إن شاء الله تعالى .

وعلى القول بأنهُ لا يجوز ابتداءً ، فإذا وقع ونزل ، هل يُردُّ التدبير أو يمعنى؟

والتفصيل بين أن يكون الشريك الذى دبر موسرًا أو معسرًا ،فيمضى [على الموسر وفى المعسر] [٣] قولان :

أحدهما : أنه يمضى ، وهو مذهب « المُدوَّنة » .

والثانى : أنه يرد التدبير ، وهو قول سحنون فى « العُتبيَّة » .

وعلى القول بإمضاء التدبير [مع] [٤] اليُسر اتفاقًا [و] [٥] مع العسر،على قول فما حكم حصةُ المتمسك بنصيبه ؟ **فالمذهب على خمسة أقوال :**

أحدها : أنه يقوم عليه حصته ، ولا يقاويه ، وهو قوله فى باب « عتق المديان » ، فى كتاب « العتق الأول » .

[حيث] [٦] قال : ولقد سمعته ونزلت ، فأما التدبير الذى دبره كله ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : و .

(٣) فى أ : مع اليسر وفى العسر .

(٤) فى أ : فى .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

ولم يجعل فيه تقوية ، أى مقاواة .

قال ابــن القاسم أيضـًـا فى « الكتاب المذكــور » : وكانت المقــاواة عند مالك ضعيفة ، ولكنه شىء جرى فى كتابه .

وقال أيــضًا فى باب « عــتق الشريكين » " : إذا أعــتق أحد الشــريكين نصيبه إلى أجلٍ ، سمعته يقول فيمن دبر حصته من عبدٍ بينه وبين غيره :إنه يقوم عليه .

قال : وقوله فى المدبر غير هذا ، إلا أنه أفتى بهذا ، وأنا عنده قاعد ، ومعناه: أن يقوم عليه بالحكم كالعتق .

والقول الثانى : أنه يقاويه .

والثالث : أنه يخير بين أن يقاويه أو يقوم عليه .

والقولان فى « كتاب المُدَبَّر من « المُدوَّنة » .

والقـــول الـرابع : أنه يحكم عليهــما بالمقاواة ، ولابد منه ، ولا خــيار للشريــك ، وذلك حق للعبد ، وهذا الــقول ذكره مــحمد عــن مالك وابن حبيب عن مطرف وعبد الملك ، وبه أخذ ابن حبيب .

والقول الخامس : التفصيل بين أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان موسرًا ، فيقوم عليه .

وإن كان معسرًا ، فلا مقاومة عليه ولا تقويم ، كالشريك [المعسر] (١) يعتق حصته ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب محمد .

وعلى القول بالتقويم : فإن المتمسك يخير بين التقويم والتدبير .

وعلى القول بالمقاواة: يخير بين أربعة أشــياء: التقويم أو المقاواة أو التدبير

---

(١) سقط من أ .

أو التماسك . وعلى القول بالتخيير : يخير بين خمسة أشياء : بين التقويم ، والمقاواة ، والتدبير ، والتماسك [والعتق] (١) .

وسبب الخلاف [اختلافهم فى] (٢) : المغلب فى ذلك ، هل يغلب فيه حق العبد ، فيحكم بالتقويم ، شاء المتمسك أو أبى، كما قال عبد الملك وغيره أو يغلب فى ذلك حق السيد، فيحكم بالتخيير بين المقاواة والتقويم؟

أما القول بالمقاواة : فيتخرج على جواز بيع المدبر ، وعلى القول بإمضاء التدبير مع العسر ، إذا لم يف ببيع ما قوم عليه من القيمة ، هل يتبع بما بقى أو يباع من نصيب المدبر بما بقى من القيمة ؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما : أنه يباع النصيب الذى قوم عليه ، وما عجز عنه فإنه يتبع [به](٢) دينًا فى ذمته ، وهو قول أشهب فى «كتاب محمد » .

والثانى : أنه يباع من جمعيه مقدار ما عليه من الدين ، وما بقى كان مدبرًا ، كمن دبر وعليه دين ، وهو قول أصبغ فى « كتاب [ابن المواز»](٣) .

وأما إن أعتق إلى أجل ، فلا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا .

فإن كان موسرًا ، هل [يقوم] (٤) عليه نصيب المتمسك بالرق إلى ذلك الأجل ؟ **فالمذهب على أربعة أقوال :**

أحداها : أنه [يقوم] (٥) عليه الآن ، وهو قوله فى « المُدوَّنة » ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : محمد .

(٤) فى أ : يعتق

(٥) فى أ : يعتق .

و[هو] [١] قول مالك والمغيرة وابن القاسم فى « كتاب ابن سحنون » .

والثانى : أنه لا يقوم عليه إلا عند الأجل ، وإلا فإنه لا [يشاء] [٢] شريك أن يطلب شراء حصة شريكه فيما [جاء] [٣] عليه ، إلا أعتق حصته إلى أربعين سنة ، فاقتطعه دونه ، وهى رواية عيسى بن دينار عن ابن حسان عن مطرف عن مالك فى « كتاب النوادر » .

والقول الثالث : أن المتمسك بالرق بالخيار ، إن شاء قوم عليه الساعة ، ويكون جميعُه حر إلى سنة .

وإن شاء [تمسك] [٤] ، وهو قول (ق/ ٢١٤ أ) عبد الملك فى «كتاب ابن سحنون » .

والقول الرابع : التفصيل بين أن يطول [الأمد] [٥] جدًا ، فيؤخر التقويم إلى حلوله أو يكون الأجل قريبًا كالسنة ونحوها : فيقوم عليه الآن ، وهو قول ابن القاسم وأشهب فيما رواه أصبغ عنهما فى « كتاب ابن سحنون » .

وعلى القول بأنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل ، فإذا أراد المتمسك أن يبيع حصته قبل الأجل ، هل يمكن أم لا ؟

فأما من الشريك الذى أعتق إلى أجل ، فلا خلاف وأما من غيره ، **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أن البيع لا يجوز ، لأنه غرر [وخطر] [٦] ، إن أتت السنة،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يشاط .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ ، جـ : تماسك .

(٥) فى هـ : الأجل .

(٦) وسقط من أ .

وهو موسر : أخذ المشترى القيمة .

وإن أتت وهو معسر ، صح له العبد .

والثانى : أن البيع جائز ، وهذا القول مخرج غير منصوصٍ عليه .

وسبب الخلاف : اعتبار الطوارئ، هل تُراعى أو لا ؟

وعلى القول بأنه لا يلزمه التقويم حتى يحل الأجل ، فإذا حل الأجل وهو معسر ، هل يقوم عليه اعتبار [يسره] (١) يوم العتق ؟

فالمذهب : أنه لا يقوم عليه .

ولو كان بالعكس مثل أن يكون يوم العتق مُعسرًا أو عند حلول الأجل موسرًا ، هل يقوم عليه أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنه [يقوم] (٢) عليه إذا كان موسرًا يوم الحلول ، وهو قول عبد الملك .

والثانى : أن المعسر بيسره فى الطرفين جيعًا ، وإن عدمه يوم العتق سقط عنه التقويم ، وإن أيسر عند الحلول ، وهو قول المغيرة وسحنون .

والقولان فى « كتاب ابن سحنون » .

وسبب الخلاف : في أصل المسألة قوة التهمة وضعفها .

فمن رأى أن التهمة فى ذلك قوية قال : يتهم فى استخراج حصة الشريك من يده بغير اختياره ، ويستبد بملك عبده إلى أجلٍ أراده .

ومن ضعّف أمر التهمة : نظر إلى أن مال الجميع ، الخروج من ملكهما عند حلول الأجل .

---

(١) فى أ : اليسرة .

(٢) فى أ : لا يقوم .

والمقصود : القربة لاستعمال الحيلة .

فإن كان معسراً : فإنه لا [يقوم] [١] عليه فى الحال ولا فى المآل .

فإن أعتق عتقًا ناجزاً ، **فلا يخلو من وجهين :**

أحدهما : أن يكون معسراً .

والثانى : أن يكون موسراً .

فإن كان معســراً : فإنه لا يلزمه التقويم ، [لأن] [٢] التقـويم مشروط بالإيسار .

واختلف فى المتمسك بالرق : إذا أراد أن يقوم على المعتق ، ويتبعه فى الذمة : **على قولين قائمين من « المُدوَّنة » :**

أحدهـما : أن ذلك له ، وأن له أن يقوم عليه [ق/ ١٠٨ع] وتيبعه فى الذمة ، لأن ضرر التــأخير على الذى لم يعتق ، وهو نــص قول مالك فى «كتاب ابن المواز»، وهو ظاهر « المُدوَّنة » .

والثـــانى : أنه لا يمكن من ذلك ولا يجــوز له ، وهو قول المغـيرة فى «كتاب أمهات الأولاد » من « المُدوَّنة » .

وسـبب الخـلاف : معارضة القيــاس لدليل الخطاب فى قوله عليه السلام «**وكــان لــه مــال** » ، دليله : أنه إن لم يكن له مــال لا يقوم عليــه ، « وهو معــسر » آخر الحديث من تفــسير ابن نافع على قــول ، أو من متن الحديث على قول.

فعلى القــول بأنهُ من متن الحديث : يكون القــياس مـعارضًا للخــبر إذ

---

(١) فى أ : تقويم .

(٢) فى أ : فإن .

الخبر خبر آحاد ، والقياس يوجب تضمين المعتق ، إذا أراد المتمسك اتباع ذمته وإسقاط حقه من العبد .

فإن كان موسراً ، فلا يخلو من أن يعتق جميعه أو يعتق بعضه منه .

فإن أعتق جميعه ، هل يلزم [ذلك] [١] صاحبه ، ولا خروج له عنه أم لا؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أن ذلك لازم للشريك ، ولا له عتق حصته ، وليس له إلا القيمه يوم العتق ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب ابن حبيب » ، وهو مذهب « المُدوَّنة » .

والثانى : أن ذلك لا يلزم الشريك الآخر إلا أن يشاء ، وله أن يعتق حصته ، كما لو أعتق شركًا له فيه ، وهو قول مطرف وابن الماجشون فى «النوادر » .

فإن أعتق حصته منه ، وهو موسر ، فلا يخلو من أن يكون موسراً بقيمة جميع نصيب [الشريك أو بعض . فإن كان موسراً بجميع نصيب][٢] شريكه بالسراية أو بالتقويم: [فالمذهب] [٣] **على قولين قائمين من «المُدوَّنة» :**

أحدهما : أنه يعتق عليه بالسراية ، وهو أحد قولى مالك فى « المُدوَّنة» ، وهذا القول قائم من « المُدوَّنة » من « كتاب العتق الثانى » فى أحد الشريكين ، إذا شهد على شريكه أنه قد أعتق حصته من العبد ، وهو موسر حيث ثال : فإن كان المشهود عليه موسراً ، فنصيب الشاهد حر ، لأنه أقرَّ أن ماله على المعتق إلا القيمة ، وقد جحده فيها .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الثانى : أنه لا يعتق عليه إلا بالتقويم [وهو المشهور وهو نص المدونة وعلى القول بأنه لا يعتق عليه إلا بالتقويم] (١) ، **فلا يخلو من خمسه أوجه** :

أحدها : أن يعتق فى الصحة ، [ويُعثر] (٢) عليه فى الصحة .

والثانى : أن يعتق فى الصحة ، فلم يقوم عليه حتى مرض .

والثالث : أن يعتق فى الصحة ، فلم يُعثر عليه إلا بعد الموت .

والرابع : أن يعتق فى المرض ، فأُقيم عليه فى المرض .

والخامس : أن يعتق فى المرض ، فلم يشعر بفعله حتى مات من مرضه ذلك .

فإن أعتق فى الصحة [وعثر عليه فى الصحة] (٣) ، فلا يخلو شريكه من أن يكون قد أحدث فى نصيبه حدثاً [أم لا] (٤) ، [ق/ ٧٨هـ] .

فإن لم يحدث فى نصيبه حدثًا ، فلا يخلو المعتق من أن يكون واحدًا أو اثنين :

فإن كان [ق/ ١٨٨جـ] الشريك المعتق واحدًا ، فإن كان موسرًا ببعض نصيب الشريك ، هل يقوم عليه العبد بمقدار غلبته أم لا ؟

قولان :

أحدهما : أنه يقوم عليه بمقدار غلبته ، وهو نص قول مالك فى «المُدوَّنة» .

والثانى : أنه لا يقوم عليه إلا إذا كان موسرًا بقيمة جميع نصيب

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : وعثر .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

شريكه، وهذا القول [مستقرأ] [١] من « المُدوَّنة » .

وسبب الخلاف : معارضة القياس لظاهر الخبر وظاهر الخبر يقتضى التقويم بمقدار المالية ، استوعب حقُّ الشريك أو بعضهُ ، ما لم يكن عنده من المال يسيرًا جدًا .

والقياس يقتضى ألا تقويم : لأن التقويم على خلاف الأصل ، لأن ذلك يؤدى إلى استخراج المملوك من الملك بغير اختيار [المالك] [٢] ، من غير استحقاق ولا جناية صدرت منه على نفس ولا مال ، لأن الشرع ورد بها على شرط [اليسار] [٣] بقيمة الشقص ، فإذا عدم الشرط ، بقى على أصل المنع .

ومن طريق المعنى أيضًا : أن الشريك المتمسك يلحقه الضرر من تبعيض سهمه فى العبد على ما لا يخفى .

وإن كان موسرًا بجميع [نصيب] [٤] الشريك والعتق من واحد ، فلا يخلو المتمسك من أن يكون حاضرًا أو غائبًا .

فإن كان حاضرًا ، فإن الشريك مخيرٌ بين أن يعتق أو يقوم .

فإن اختار العتق ، أتمهُ بلا خلاف .

وإن اختار التقويم ، فتمادى عليه فلا إشكال .

فإن اضطرب رأيهُ ، فاختار العتق ، قال : أنا أقوم ، أو إذا اختار التقويم ، ثم قال : أنا أعتق ، هل يمكن من ذلك أم لا ؟ فالمذهب على

---

(١) فى أ : استقراء .

(٢) فى أ : الملاك .

(٣) فى أ : الإيسار .

(٤) فى أ ، جـ : قيمة .

قولين :

أحدهـما : أنه لا يرجع عما اختاره ، أولا ، وليس له إلا القيمة ، وهو قول أشهب فى « كتاب ابن المواز » .

والثـانى : أن له الرجوع إلى العتق ما لم يقوم ، وهى رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك ، وبه قال ابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

فإن اختـار التقويم ، واتـصل بيسـر المعتق ، مـن يوم العتـق إلى يوم التقويم : فلا خلاف فى الذهب أنه يـقوم عليه [بقيمته] (١) يوم الحـكم فإن تخلله عسر أو كان يوم العتق مـعسرًا أو يوم الحكم موسرًا ما الحكم فى ذلك ؟

أما إذا تخلله عسر ، مثل : أن يكون يوم العتق [موسرًا] (٢) ثم أعثر ثم أيسر ثم أقيم عليه .

فإن أقيم عليه بالتقويم فى حالة العسر ، فلم [يقض] (٣) عليه بشىء : فلاخلاف أنه لا تقويم عليه بعد ذلك .

وإن لم يكن أقيم عليه ، فلا يخلو من أن يكون عدمه عدمًا بَيِّنًا أم لا .

فإن كان عدمه عدمًا بينًا : **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنه يقوم عليه ، ولا يُنظر إلى ما خالل ذلك من العسر ، وهو قول ابن القاسم فى المُدوّنة ، وهو قول ابن نافع فى « كتاب محمد » .

والثانى : أنه لا يقوم عليه ، وهـو قول مطرف وابن الماجشون وأشهب وأصبغ وابن القاسم وابن عبد الحكم فى « الموازية » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) يقط من هـ .

(٣) فى« أ : يقبض.

فإن أعتق وهو معسر ، فلم يقوم عليه حتى أيسر ، فلا يخلو العبد من أن يكون حاضرًا أو غائبًا .

فإن كان غائبًا حيث لا يعلم خبره ، فلا خلاف أَنَّهُ يقوم عليه إذا قدم .

فإن كان العبد حاضرًا أو الشريك والعبد عالمان بحال المعتق وعسره ، ثُمَّ [رفعاه](١) إلى الإمام بيسر حدث ، فهل يقوم عليه أم لا ؟ فعن مالك فى ذلك قولان منصوصان فى « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنه يقوم عليه ، وهو قول ابن نافع [فى الموازية] (٢) .

والثانى : أَنَّهُ لا يقوم عليه .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى يسره يوم العتق شرط الاتصال إلى يوم الحكم أو النظر إلى يسره يوم الحكم من غير التفات إلى ما قبل ذلك ؟

فإن كان المتمسك غائبًا : فإن الإمام يكتب إليه ، إما أن يعتق أو يقوم .

فإن كان المعتق غائباً ، فلا يخلو من أن تعلم حياته ، أو لم تعلم .

فإن علمت حياته ، وخلف يسرًا : فإنه يقوم عليه .

وإن لم تعلم حياته أو علمت ، ولم يخلف مالاً ، فإنه [لا] (٣) يقوم عليه فإن كان العتق من اثنين وتماسك الثالث ، فلا يخلو من أن يعتقا [معًا] أو أعتق واحدٌ بعد واحد .

فإن أعتقا معًا ، وتساويا فى اليسار ، فلا خلاف فى التقويم عليهما معًا ،وهل ذلك على عدد الرؤوس أو على عدد الأنصاب؟ **قولان قائمان من**

---

(١) فى أ : رفعه .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

«المُدوَّنة » :

أحـدهـمـا : أنه يقوم عليـهما على قدر أنصابهما ، كالـشفعة وهو قول أشهب فى « كتاب محمد » .

والثـانى : أنه [يـقوم] (١) عليهما على [عدد] (٢) رؤوسهـما ، لأن الفـساد القلـيل والكثـير سواء ، ألا تـرى أنه يقوم عـلى صاحب الـسدس جميعه، وهو قول عبد الملك فى « المبسوط » .

وسبب الخلاف : التقويم ، هل سبيله سبيل [الجناية] (٣) ، فيكون على الرؤوس أو سبيلهُ سـبيل [المعاوضة] (٤) ، فيكون علـى عدد الأنصاب ، كالأخذ بالشفعة .

وإن كان أحدهما موسرًا والآخر مُعسرًا ، فـهل يقوم كله على الموسر ، أو إنما يقوم عليه مقدار حصته خاصة ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أنه يقوم عليه جميـعه ، وهو مذهب « المُدوَّنة » ، وبه قال أكثر أصحاب مالك .

والثانى : أنه لا يقوم عليه (ق/ ٢١٥ أ) إلا مقدار حقه خاصة ، وهذا القول حكاه سحنون عن عبد الملك فى كتاب [ابنه] (٥) .

وينبنى الخـلاف على الخلاف : هل حكمه حـكم [الجناية] (٦) ، فيـقوم

---

(١) فى أ : يعتق .
(٢) فى أ : قدر .
(٣) فى ع ، هـ : الجنايات .
(٤) فى ع ، هـ : المعاوضات .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى ع ، هـ : الجنايات .

عليه جيمعه أو حكمه حكم [المعاوضة] (١) ، فلا يقوم عليه قدر حقه ؟

فإن أعتق واحد منهما بعد الآخر .

فإن كان الأول منهما موسرًا ، فالتقويم عليه بلا خلاف ، من غير اعتبار حال الثانى .

فإن كان الأول معسرًا ، والثانى موسرًا ، فهل يقوم على الثانى ؟ **قولان قائمان من « المُدوَّنة » :**

أحدهما : أنه لا يقوم عليه ، وهو نص المدونة .

والثانى : أنه يقوم عليه ، وهو قول ابن نافع فى « الموازية » و«الواضحة»، ويؤخذ من قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » ، من مسألة العبد الذى أعتق الشريك حصته منه ، وهو موسر ثم أعتق الآخر بعض نصيبه ثم مات قبل أن يستكمل عليه حيث قال : فإنه يعتق باقيه على الأول ، فكما أن تصرف المتمسك فى نصيبه لا يسقط التقويم عن الأول إذا مات ، فكذلك عدم الأول لا يسقط التقويم عن الثانى .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى تعدد الجنايات [وحدودها] (٢) أو النظر إلى من سبق بها وابتدأ الفساد ؟

وظاهر الخبر مؤاخذة الموسر منهما والتقويم عليه ، كان هو الأول أو الآخر .

فأما الوجه الثانى : إذا أحدث الثانى بعد عتق الأول فى نصيبه حدثًا ، فلا يخلو [ما أحدث به من أن يكون مما] (٣) ينقل ملكه إلى ملك أو ماينقل

---

(١) فى ع ، هـ : المعاوضات .

(٢) فى هـ : ووجودها .

(٣) فى أ : من أن يحدث فيه .

ملكه إلى حرية :

فإن أحدث فيه ماينقل ملكه إلى مـلك ، كالبيع وأمثاله ، فلا يعد ذلك [منـه] (١) رضا بترك التقويم والتزام العتـق ، بل يرد ما صنع مع القيام ، ويبقى على رأس أمره فى التخيير بين العتق والتقويم .

فإن فات عند المشترى بالعتق ، فالبيع يرد قولاً واحداً .

فإن فات بكتابة أو تدبير ، فالبيع يرد وفى الإيلاء قولان .

فإن أحدث فيه ما يـنقل الملك إلى حُرية ، فإن أعتـق ناجزاً فلا خلاف فى سقوط التقويم ، ولزوم العتق ، إلا على القول بالسراية .

فإن أعتق إلى أجل أو دبر أو كاتـب ، فلا خلاف فى المذهب فى رد ما صنع إذا عثر على ذلك قبل الأجل .

واختلف هل يلزم العتق فى سهمه أو يرجع إلى رأس أمره فى التخيير؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى « المُدوَّنة » :**

أحدهما : أنه يرجع إلى رأس أمره فى التخيير [بين العتق والتقويم](٢)، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنه يعجل عليه العتق ، ولا خـيار له لأنه استثنى من الرق ما ليس له ، وهو قول الغير فى « المُدونـة » ، ويؤخذ لابن القاسم مثل قول الغير من قوله : إذا قال المتمسـك :أنا أقوم ، ثم قال: بل أعتق أنه لايقوم ولا يعتـق ، فكما يعـد مختاراً بـالتصريح ، فـكذلك يعد مـختاراً بالـعتق بالتصرف بأنواعه .

وإن عثر على ذلك بعد حلول الأجـل ، أو بعد أن أعسر الشريك الذى

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أعتق ناجزًا ، مضى فعله ، ولا مرد له ولا فرق فى ذلك بين العتق إلى أجل ولا بين التدبير والكتابة .

فأما إن أعتق فى الصحة ، فلم يقوم عليه حتى مرض ، فهل يقوم عليه أو يسقط التقويم ، **فالمذهب على قولين منصوصين فى « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنه يقوم عليه فى ثلثه ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنه لا [يقوم] [١] عليه حتى يصح أو يموت ، وهو قول الغير فى « الكتاب » .

وسبب الخلاف : هل تتداخل أحكام الصحة فى المرض مع تنافر أحكامهما ، لكون أحدهما من الثلث والآخر من رأس المال أو لا تتداخل ؟

وأما الوجه الثالث : إذا أعتق فى الصحه ، ثُمَّ عثر عليهِ بعد الموت ، فهل يقوم نصيب الشريك فيما له أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** ؟

أحدها : أنه لا [يقوم] [٢] عليه جملةً ، وهو قول ابن القاسم فى «المُدوَّنة » ، وهو قول سحنون فى « كتاب ابنه » .

والثانى : أنه يقوم عليه جملةً ، وهو قول أصبغ وابن عبد الحكم فى كتاب « ابن المواز » .

والثالث : التفصيل بين أن يغافصه الموت فيموت ، بحدثان العتق فيقوم عليه [، أو بعد أن يموت بعد طول ، أو تفريط فلا تقويم عليه ، وهو قول أشهب فى « العُتبيَّة » و « الموازية » .

وعلى القول بأنه يقوم عليه] [٣] ، هل يعتق من الثلث أو من رأس

(١) فى أ : يعتق .
(٢) سقط من هـ.
(٣) سقط من أ .

المال ؟

على قولين :

[أحــدهـمــا] [١] : أنهُ يعــتق من رأس مالــهِ ، وهو قول أشهــب فى «العُتبيَّة» .

والثانى : أنه يعتق عليه من الثلث ، وهو قول أصبغ وابن عبد الحكم فى « الموَّازية » ، وهو قول مطرف فى « الواضحة » .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى حين العتق أو إلى حين التقويم ؟

وأما إن عتق بعض عبد يملك جميعه ، فلم يستكمل عليه حتى مات ، هل يستتم عليه بعد الموت أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحـدهمـا : أنه لا يستتم عليــه ، وهو مذهب « المُدوَّنة » ، وهى رواية أشهب عن مالك فى « الموَّازية » ، وقال ســحنون فى « كتاب ابنه » : هذا قول أصحابنا ، ولو مات مكانه أو فلس .

والثانى : [أنه] [٢] إن غافصه الموت ، ومات بحدثان ذلك ، فإنَّهُ يعتق عليه باقيه فى ثلثه ، وهى رواية مطرف عن مالك فى كتاب « ابن حبيب » .

وأما الوجه الرابع : إذا أعتق فى المرض ، ثُمَّ عُثر عليه فى المرض ، فهل يقوم نصــيب الشــريك أم لا ؟ **فالمذهب عــلى خمسة أقوال كــلها قائمة مــن «المُدوَّنة»:**

أحدهــا : أنه لا يقوم عليه إلا بعد الموت ، كان [ماله] [٣] مأمونًا أم لا ،

[**والثــانى** : أنه يقوم عليه كــان ماله مأمونًا أم لا] [٤] إذا حمله مــا عنده من

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : له .

(٤) سقط من أ .

المال ، وظاهرهُ : أنه يقوم عليه الآن ، ولا يعتق عليه إلا بعد الموت ، وعليه حمله غير واحد من شيوخنا ، وهو نصُّ ما فى كتاب محمد .

[**والثانى** : أنه يقوم عليه بعد الموت ، كان ماله مأمونًا أم لا] .

والثالث : التفصيل بين أن يكون [ماله] (١) مالاً مأموناً فيقوم عليه الآن، وبين أن يكون مالهُ غير مأمون ، فلا يقوم عليه إلا بعد الموت ، فإذا مات قُوِّم فى ثُلُثه ، وينفذ العتق فى جميعهُ .

والأقوال الثلاثة لمالك فى «المُدوَّنة » .

والقول الرابع : أنَّهُ لا يقوم [عليه] (٢) نصيب الشريك فى مرضه،حتى يصح أو يموت :

فإن صحَّ : قوم عليه فى ماله [ق/ ١٨٩جـ] .

وإن مات : عُتق ما أعتق فى ثُلُثه ، ولا يقوم عليه نصيب شريكه ، وإن حمله الثُلُث ، لأن التقويم لا يلزم إلا فى عتقٍ بعض إلى حُرية ناجزة أو إلى أجلٍ قريب ، ولا يردُّهُ دين ، وهذا قد يرده الدين ، وهو من الثلث إلا أن يكونَ له أموالٌ مأمونة ، فيقوم عليه ويُعجَّل لهُ العتق مكانه قبل أن يموت ، وهو قول ابن الماجشون فى كتاب ابن المواز ، وبه قال ابن حبيب .

والقول الخامس : أن الشريك مُخير بين التقويم وقبض الثمن ، بقى كله للمعتق موقوفًا وإن مات عتق عليه أو ما حمله الثلث منه ، وما بقى رقيقًا لورثته ، وبين [أن يتماسك] (٣) بنصيبه حتى يصح ، فيقوم [ق/ ٧٩هـ] عليه فى رأس ماله أو يموت فيقوم عليه فى الثلث ، وهذا القول حكاه ابن

---

(١) فى هـ : له .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : المتماسك .

سحـنون عن أبيـه عن ابن الـقاسم فى « كـتابه » ، وهـذا القول قائـم من «المُدوَّنة » مـن تدبير أحـد الشريكين ، حـيث خير المتـمسك بين الـتقويم [وغـيـره] (١) ، لأنه ليـس التقويم إلا إلـى عتق ، ولا بد لاحـتمال [أن يطرأ](٢) الدين على المدبر ، ولا يحمله الثلث فيرق الباقى ، وذلك موجود فى هذه المسألة .

وينبنـى الخلاف على الخلاف : فى اعـتبار المال المأمون، هـل يُراعى أو لا يُراعى ؟

واختلف فيـما إذا أوصى بعتق نصيبـه ، هل يقوم عليه نصـيب شريكه [بعد موته] (٣) أم لا ؟ **على ثلاثة أقوال :**

أحـدهـا : أنَّهُ لا يقوم عليه نصيب شـريكه ، قال سحنون : وهذا قول جميع أصحابنا ، وهو قول مالك فى « الموطأ » .

والثانى : بالتفصيل بين أن يُوصى بذلك أو لا يُوصى .

فإن أوصى بتقـويم حصة شريكه عليـه بعد موته : فإنه يقـوم عليه فى ثلثه، وهو قول مالك وابن القاسم [وأكثر أصحابه فى العتبية] (٤) .

فإن لم يوص بذلك فلا يقوم عليه .

والقـول الثـالث : أنه يقوم عليه ، وإن لم يـوص به كالمبتل [على] (٥) سواء ، وهذا القول حكاهُ ابن الجلاب فى المذهب .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ع ، هـ : طرآن .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : « وأكثر أصحابنا » وفى جـ : « وأكثر أصحابنا فى العتبية » .

(٥) سقط من أ .

وعلى القول بأنَّهُ يقوم عليه نصيب شريكه إذا أوصى بذلك ، هل يُجبر عليه الشريك المتمسك إذا أبى أو لا يُجبر عليه ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ يُجبر على التقويم إن أباهُ ، وهو قول أكثر أصحاب مالك فى « العتبيَّة » .

والثانى : أنه لا يجبر وأنَّهُ بالخيار ، إن شاء أعتق حصته منه وإن شاء قومها فى ثلث مال الميت ، وإن شاء تماسك بحصته ، ولا يُجبر على البيع، وهى رواية ابن وهب عن مالك فيما حكاه سحنون فى « العُتبيَّة »، فقال : « وهى [وهم] [(١)] لا أعرفها » .

وأما الوجه الخامس : إذا عثر على ذلك بعد الموت،فهل يقوم عليه أم لا؟فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ لا يقوم عليه : وإن حمله الثُلُث ، وهو نص « المُدوّنة » .

والثانى : أنه يقوم عليه ، وهذا القول قائم من « المُدونَّة » من قوله : إذا أعتق فى الصحة ، ثُمَّ عُثر عليه بعد الموت مِن غير طول ولا تفريط : أنَّهُ يقوم عليه فى أحد الأقوال . وهو الأظهر فى النظر والله أعلم .

وهذا كُلُّهُ [إذا كان] [(٢)] بين الحُرَّين المسلمين والعبدُ مُسلمٌ أو نصرانى أو فيما بين الحُر والعبد ، والحُر هو المعتق أو فيما بين المسلم والنصرانى والعبد مسلم : فالحُكم فى جميع ذلك على السواء .

والجواب عن الوجه الرابع من [أصل المسألة] [(٣)] : إذا كان بين الحُر والعبد، والعبدُ هو المعتق ، فلا يخلو من أن يكون بإذن السيد أو بغير إذنه .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

فإن كان ذلك بإذن السيد أو بغير إذنه إلا أَنَّهُ أجاز فعلهُ بعد العلم : فالتقويم على السيد ، لأنَّهُ هو المعتق على الحقيقة ، فإن لم يكن له مال سوى العبد المباشر للعتق : فإنَّهُ يُباع عليه فى القيمة .

وإن كان بغير إذنه ، ولم يجوز فعله بعد العلم : فالعتق مردود وأما إذا كانا عبدين ، فهما إذًا بإذن السادات كالأحرار بلا تفريع .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا كانا حرين مسلمين ، أحدهما مُطلق اليد فى التصرف ، والآخر محجورٌ عليه كالصبى والسفيه ، فالتقويم على مطلق اليد فى التصرف إذا ابتدأ العتق .

وإن ابتدأ العتق محجورٌ عليه : فعتقهُ مردود .

وإن أجازه من له النظر : فإن كان مسلمٌ أ و نصرانى والعبد نصرانى :

فإن أعتق المُسلم : فالتقويم عليه .

فإن أعتق النصرانى ، هل يقوم عليه نصيب المسلم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى « المُدونَّة »** :

أحدهما : نفى التقويم ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أَنَّهُ يقوم عليهِ ، وهو قول الغير .

وسبب الخلاف : الكُفَّار (ق/ ٢١٦ أ) هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا ؟ وللخلاف سبب آخـر : وهو هل يغلب حق الشريك المُسلم فيقوم عليهِ أو يغلب حقُّ العبد ثُمَّ لا [يقوم] [١] ؟ ، لأنَّ التقويم يتضمن ثلاثة حقوق : حق الله وحق العبد وحق الشريك .

والجواب عن الوجـه السادس : إذا كانا نصرانيين والعبدُ مُسلم ، هل يقوم

---

(١) فى هـ:تقويم .

على المعتق منهما أم لا ؟ **قولان فى الذهب قائمان من « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ يوم على المعتق منهما ، وهو المشهور .

والثانى : أنَّهُ لا يقوم عليه ،وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » ، فيما : إذا كان [عبد بين مسلم ونصرانى] (١) ، فأعتق النصرانى حصَّتَهُ .

وسبب الخلاف : هل يغلب حقُّ العبد ، فيكون حكم بين مسلم ونصرانى أو يغلب حق الله فيسقط التقويم على القول بأنَّ الكفَّار غير مخاطبين بفروع الشريعة .

وإن كان العبدُ نصرانيًا ، فأعتق أحدهما حصته ، فإن الخلاف فى التقويم على من أعتق منهما ، يتخرَّج على الخلاف فى الكفَّار هل هم مخاطبون بفروع الشريعة أم لا ؟

والحمد لله وحده .

(١) فى أ : عبدٌ مسلم بين مسلم وكافر . وفى هـ : عبد نصرانى بين مسلم وكافر .

المسألة الحادية عشر

فى المأذون إذا اشترى من يعتق على سيده ، **فلا يخلو المأذون من وجهين :**

أحدهما : أن يتَّجر بمال نفسه لنفسه .

والثانى : أن يتَّجر لسيده .

فإن كان العبد يتـجر لنفسه ، فاشترى من يعتق علـى سيده ، هل يعتق على السيد أم لا ؟ **قولان قائمان من « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ يعتق على السيد ، علم [العبد] (١) بذلك أو لم يعلم ، وهو قول مالك وابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ لا يعتق عليه ، علم [العبد] (٢) بذلك أو لم يعلم ، وهو قول أشهب فى « كتاب ابن المواز » .

وسبب الخلاف : [اختلافـهم فى] (٣) من ملك أن يملـك ، هل يُعد كالمالك قبل أن [يملك] (٤) أم لا ؟

فإن كان العبد يتَّجر لسيده ، فلا يخلو المأذون من أن يكونه عالمًا أو غير عالم .

فإن لم يعلم ، فالمشترى يعتق عـلى السيد اتفاقًا ، لأن تصريف المأذون بين أن يكون عالمًا ، كتصرف سيده .

فإن علم واجترأ على الشراء ، هل يعتق من اشترى على السيد أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يملكه .

قولان منصوصان فى « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنه يعتق عليه ، علم المأذون بذلك أو لم يعلم ، وهو نص قول ابن القاسم فى « كتاب الرهون » ، وفى بعض روايات « المُدوَّنة » ، وهو قول ابن القاسم وأصبغ فى غير « المُدوَّنة » ، بناءً على أن الصيغة عامة بفحواها للمسميات ، وشاملة ببنائها للمشتريات والعبد مغرور فى تركه البيان والتفسير والنهى والتحظير عن بعض أنواع المتاجر .

والقول الثانى : أنه لا يعتق على السيد ، إن علم وهو نص [قول] (١) ابن القاسم فى [آخر] (٢) كتاب العتق [الثانى] (٣) ، بناءً على أن السيد إنما قصد بالإذن فى التجارة : الإكثار ، وعرض ماله للاستثمار بالأرباح الغزار ، وليس للعبد أنَّ يرصد به المخاوف و يقدمه للمُتالف ، وذلك ضد مُرام السيد ، وعكس للغرضِ المقصود .

والله أعلم [والحمد لله وحده وصلى الله على محمد وآله وصحبه وسلم] (٤) .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : الأول .

(٤) زيادة من ع ، هـ .

كتـاب العتق الثاني



كتاب العتق الثانى

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتُها ست مسائل :

المسألة الأولى

شراء الأب مَن يعتق على ابنه الصغير .

ولا يخلو ذلك من وجهين :

إما أن يكون عالمًا أو جاهلاً .

ولا خلاف أن البيع ينعقد ، وأنَّـهُ يعتق على الابن ، إلا خلافٌ شاذ ، حكاهُ أبـو محمد عبـد الحق عن بعض شـيوخه ، وما قالـه خلاف لأصولِ مذهب مـالك رحمه الـله ، ونصُّ المذهب « أن مـن أذن له بالتـصرف فى المال، يلزمُ ربَّ المال الذى اشـترى من قرابتِهِ منِ غير قصدٍ وإيـثار كالوكيل والعامل والعبد المأذون لهُ شبههما ولإطلاق أيديهم فى المالَ والأدب من هذا القبيل .

فإن كان عالمًا : فلا خلاف فى المذهـب أنَّ الشراء فى المذهب لا يجوز ابتداءً ، وإن نزل هل ينعقد فيه البيع أم لا ؟ **قولان قائمان فى « المُدوَّنة »** .

أحدهما : أن البيع لا ينعقد ، وهو قول مالك فيمن اشترى أباهُ ، وليس عندهُ إلا بعض ثمنـه حيث قال : يردُّ البيع بُناءً على أن البـيع لا ينعقد فى ذوى المحارم إلا إلى عتق لا إلى ملك .

والثـانى : أنَّهُ ينعقد ، وهو قول ابن القاسم فى المسألة المذكورة وأشهب فى غير « المُدوَّنة » .

وعلى القول بأنَّ البيع لا ينعقد ، بلا تفريع .

وعلى القول بأنَّهُ ينعقد فيهِ البيع ، فلا خلاف أنَّهُ لا يُعتق على الابن في الحال ، وقبل أن يبلغ .

واختلف هل يعتق على الأب أو ينقاد فيها لهُ أو للولد ؟ على **ثلاثة أقوال كُلُّها قائمة من « المُدونَّة »** :

أحدها : أنَّهُ يعتق على الأب ، وهو قول مالك في العامل إذا اشترى مَنْ يعتق على ربِّ المال عامدًا .

والثاني : أنَّهُ يبقى رقيقًا لهُ ، ويغرم الثمن مِن مالهِ ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في « كتاب الوكالات » في الوكيل إذا اشترى مَن يعتق على ربِّ المال ، وهو عالم حيثُ قال : « لا يلزم الأمر » ، وقال يحيى بن عمر : ويلزم المأمور ويسترقه .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يكون فيه فضل عن ما اشتراهُ بهِ ، فيباع منهُ برأس المال ، ويعتق الفضل ، وهو قول سحنون ، وهو نص « المُدونَّة » في مسألة القراض أيضًا ، وبين ألا يكون فيه فضل فيُباع جميعهُ .

وعلى القول بأنَّهُ لا يعتق على الابن في الحال ، بل يسترقه .

فإن بلغ وهو في ملكه ، هل يعتق عليه أو يُباع ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّهُ يُعتق عليه ، وهو قول أشهب ، وهو ظاهر المُدونَّة في مسألة الميراث ، وقد قال ابن القاسم : « إذا ورث الصغير مَنْ يعتق عليه بالملك ، بأنَّهُ يعتق عليه بالشراء أولى » .

والثاني : أنَّهُ لا يعتق عليه ، لأنَّ غيرهُ تولىَّ شراءهُ ، ولهُ أنْ يبيعهُ ، وهو تأويل أبي محمد عبد الحق عن بعض شيوخهِ .

وعلى القول أنَّهُ لا يعتق على الأب ، بل يسترقه ، ويغرم الثمن من

مالهِ ، فهو قولٌ ضعيف .

فإذا كُنَّا نعتقهُ على العامل في القراض ، ولم يكن فيه ربح ، بل بمجرد إطلاق اليد فى التصرف ، فبأن يعتق على الأب أولى ، لأنَّ شبهة الأب في مال ولدهِ الصغير أقوى مِن شبهة العامل والوكيل ، وهذان لهما شبهة الإذن فى التصـرف ، والأب لَهُ شبهة أصليـة ، وهو قوله ﷺ : « **أنت ومـالك لأبيـك**» [1] مع ما انضاف إلى ذلك من إطلاق اليد في التصرف فى مالهِ ، وأنَّ الأبَّ لو أعتق عـبد ابنهِ الصغـير عن نفسه وكـان مُوسرًا لنفـذ العتقَ ، وغرم القيمة اتفاقًا .

والعامل لو أعتق عبدًا مِن مال القراض لرد العتق اتفاقًا .

فدلَّ والحالة هذه أنَّ شبهة الأب أقوى .

فلو قيل : إنَّهُ يعتق على الأب دون العـامل ، لكان فى النظر أولى غير أنَّ المصلحة تقتضى مسـاواتهما ، من حيث أنَّها [ق/ ١١٠ع] جناية على مال الغير ، فوجب أن [يعاقبا] [2] بنقيض المقصود ، ويعتق [عليهما][3] ويغرمان الثمن أو القيمة ، ليكون ذلك ردعًا لهما ولأمثالهما .

والحمد لله وحدهُ .

---

(١) أخرجـه ابن ماجـة (٢٢٩١) و (٢٢٩٢) وأحمد (٦٩٠٢) والطبـراني في « الأوسط » (٣٥٣٤) وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى .

(٢) في أ : يعاقب .

(٣) في أ : عليه .

المسألة الثانية

فى العبد يعطى مالاً لرجل على أن يشتريه من سيده فلا يخلو من خمسة أوجه .

أحدها : أن يقول له « اشترنى لنفسى » .

والثانى : أن يقول له « اشترنى لنفسك » .

والثالث : أن يقول له « اشترنى لنفسك وأعتقنى » .

والرابع : أن يختلفا .

والخامس : أن يبهم الأمر ، أن يقول له : « اشترنى [ق/ ٨٠هـ] فسكت .

فأما الوجه الأول : إذا قال اشترنى لنفسى بمال دفعه إليه فلا يخلو المشترى من أن يكون قد استثنى ماله أم لا .

فإن كان قد استثنى ماله [فهو حر] [١] [مكانه] [٢] [لأنه ملك نفسه وولاءه] [٣] لسيده [البائع . وإن لم يستثن ماله عاد رقيقًا لبائعه] [٤] [وماله] [٥] له [ولا يتبع المشترى كان مليًا أو معدمًا] [٦] .

وأما الوجه الثانى : إذا قال « اشترنى لنفسك » فاشتراه بمال دفعه إليه فلا

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كان .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى هـ : والمال .

(٦) سقط من أ .

يخلو من أن يستثنى ماله أم لا .

فإن استثنى ماله : كان رقيقًا للمشترى ولا شىء عليه للبائع .

وإن لم يستثن مالهُ فالبيعُ لهُ لازم ، ويلزم غرم الثمن ثانيةً ، إن كان لهُ مال .

وإن لم يكن لهُ مال بيع عليه فى ذلك أو يُباع منهُ بقدر الثمن ، وباقيه رقيقٌ لهُ .

وأما الوجه الثالث : إذا قال [له] (١) : « اشترنى لنفسك وأعتقنى » فهذا كما تقدَّم .

فإن استثنى ماله كان [حرًا و] (٢) ولاوه للمُشترى دون البائع .

فإن لم يستثن مالهُ فإنَّهُ يغرم الثمن ثانيةً .

فإن كان لهُ مالٌ أخذ منهُ الثمن ، وإلا بيع منهُ [بقدْر] (٣) ما بقى مِن الثمن ، ويعتق ما بقى .

وإن لم يف به بيع بعضهِ بيع جميعه ، وإن بقى مِن الثمن شىء اتبع به فى ذمَّتهِ ، ولقد قال مالك فى « كتاب ابن المواز » : فإن علم ذلك قبل أن يعتقَهُ المَشترى ، غرم الثمن من ماله ثانيًا إن كان مليًا وإلا بيع منهُ بقدره .

فإن لم يكن فيه فضلٌ عن الثمن رجع العبد إلى سيدهِ رقًا يريد البائع .

وما قالهُ مُخالفٌ لأصل المذهب ، والمـذهب أنَّ البيع لازمٌ لهُ ، والثمن فى ذمَّتهِ ، ويُباع العبد فيه ، وما عجز عنه [يتبع] (٤) به .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ع ، هـ : مقدار .

(٤) فى أ : أتبع .

وأما الوجه الرابع : إذا اختلفا وقال العبد : إنما دفعتُ لك المال لتشتريني لنفسي وقال المشتري : بل على أن أشتريك لنفسي .

أن القول قولُ المشترى ، استثنى مالهُ أو لم يستثنه ، حتى تقوم البِّينة للعبد ، وهو قول أصبغ في « الموازية » .

فإن ادّعى السيد أنَّ المُشتري دفع الثمن من مال عبده ، وصدقهُ العبد [وكذبهما] [1] المشترى فالقول قوله ، ويحلف إن لم يستثن ماله ، فإن دفع استثناه فلا يمين عليه ، وإن نكل حلف البائع ويأخذ الثمن ، عُرفت بينهما خُلطة أم لا .

وأما الوجه الخامس : إذا أُبهم الأمر ، مثل : أن يعطيه المال ، ويقول له: اشترنى . ولم يزد على ذلك ، فهل يُحمل على أنَّهُ اشتراه لنفسه ، حتى يعلم غير ذلك ؟ وهو قول محمد ، وهو الصحيح .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ : وكذبه .

المسألة الثالثة

فيمن وهب لرجلٍ شيئًا ، ولم يقبضهُ الموهوب [له] (١) ، حتى فوته الواهب .

فلا يخلو تفويتهُ لهُ من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن [يفوتهُ] (٢) ببيع .

والثانى : أن [يُفوته] (٣) بهبة لغير الأوّل .

والثالث : أن [يُفوته] (٤) بعتق أو إيلاد إن كانت أمة .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا فوَّتهُ بالبيع ، فلا يخلو الموهوب له من أن يكون عالمًا بالهبة أو غير عالم :

فإن كان عالمًا ، ولم يُنكر : فالبيع نافذٌ اتفاقًا ، ويسقط حقَّهُ من غير ما وُهب لهُ ، باعهُ بقدر ما وُهب لهُ أو بعد طول ، وإنَّما الخلاف فى الثمن ، هل يكون للموهوب أم لا ؟

فابن القاسم يقول : إنَّ الثمن له .

وأشهب يقول : إنَّ الثمن للواهب ، ولا شىء للموهوب لهُ ، والقولان منصوصان فى « كتاب الصدقة » (ق/ ٢١٧ أ) من « المُدوَّنة » . فإن علم بالهبة ولم يعلم بالبيْع ، فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلّها قائمة مِن « المُدوَّنة » :

أحدها : أن البيع ماضٍ ، والثمن للموهوب لهُ ، وهو قول ابن القاسم

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : يفيته .

(٣) فى هـ : يفيته .

(٤) فى هـ : يفيته .

فى « كتاب الصدقة » ، وسواءٌ باعها بعد الهبة أو بفور البهة .

والثانى : أن البيع مردود ، باع [مغافصة] (١) أو بعد حين ، وهى رواية [ثابتة عن أصبغ وعبد الملك بن الماجشون] (٢) عن مالك ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » ، فى أنَّ الهبة تلزم العقد ، ولا رجوع فيها للواهب إلا أن يردَّها الموهوب لهُ ولم يقبلها .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يبيعها مغافصة أو بعد التمكُّن :

فإن باعها مغافصة رد البيع .

وإن باعها بعد التمكن من القبض نفد البيع ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : هل عقد الهبة أقوى والحوزُ فرع ؟ وهو المشهور .

أو الحوز أقوى من عقد الهبة ، وهو مذهب العراقيين .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا فوَّتها بالهبة لغير الأول ، فقبضها [الآخر هل] (٣) الأول أولى بها أو الثانى ؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى كتاب «العتق الثانى » من « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّ الأول أحقُّ بها من الثانى ، وهو قول ابن القاسم .

[والثانى] (٤) : [أن] (٥) الثانى أحقُّ بها ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : ما قدمناه ، هل عقدُ الهبة أقوى أو الحوز أقوى ؟

والجواب عن الوجه الثالث : إذا فوَّتهُ بالعتق ، إذا كان عبدًا أو بإيلاءٍ إن

---

(١) فى أ : بفور الهبة .

(٢) فى أ : « ثابت وعبد الملك بن الماجشون » وفى جـ : « ثابتة عن عبد الملك بن الماجشون »

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

كانت أمة فإنَّهُ يتخرج على الثلاثة الأقوال التى قدَّمناها فى المبيع .

أحدهـا : أنَّ العتق أولى ، وهو قول ابن الـقاسم فى « المُدوَّنة » ، وهو خلاف ما نص عليه فى الـبيع تعصيبًا للعتق ، وهو علـى الحقيقة اضطرابٌ مِن الـقول لأنَّ حق الموهـوب له الأول تعلـق بالهـبة ، كتعـلق حقِّ العـبد بالعتق، ولا فرق سواء فإذا كانت الهبة لازمة للواهب [بالعقد] [1] ، وثابتة للموهوب لهُ بشـرط القبول أو الحوز : فليس للواهب التفـويت حتى يعلم خبر الموهوب لهُ ، هل قبل أم لا ؟ لأنَّ ذلك حقٌ ثابتٌ لهُ ، إن شاء قبلهُ ، وإن شاء ردهُ ، كمديان أعـتق عبدهُ ، فعتقهُ مـوقوفٌ [على] [2] إجـــازة الغرماء أو ردِّهم .

والقول الـثانى : أنَّ العتق مردود للموهوب لهُ قبل القبض ، وهى رواية ثابتة عن مالك فى « المبسوط » .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يعتقهُ فرادًا فيردُّ العتق أو يعتقهِ بتبعيض فيكون العتق [أولى] ، وهو قول أصبغ .

وعلـى القول بـأنَّ الإيلاد والعـتق فوت ، هل يـغرم الواهـب القيـمة للموهوب لهُ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ لا شيء عليه ، وهو المشهور ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » .

والـثانـى : إن قصد التفـويت ، يغرم القيمة ، وإلا فـلا شىء عليه ، وهذا القول مرورىٌ عن مالك أيضًا ، وهو ظاهر قوله فى البيع .

والحمد لله وحده .

---

(١) فى أ : بالعتق .

(٢) فى هـ إلى .

المسألة الرابعة

إذا أعتق عبده على مال

اختلف لفظهُ في الكتاب ، بعضه في « كتاب العتق الثاني » وفي «كتاب المكاتب والأسئلة والأجوبة » ، وذلك لاختلاف صور مسائلها ونحن نفصل مسائلها على ما قال شيوخنا ، ونحن نذكر مواضع الخلاف منها ، والاتفاق على ما تقتضيه مذاهب شيوخنا ، بيانًا يرفع الإشكال ويدفع الاحتمال إن شاء الله تعالى ، **وهي على خمسة مسائل :**

الأولى : أنت حرٌّ وعليك [كذا] (١) .

الثانية : أنت حرٌّ على أن عليك [كذا] (٢) .

الثالثة : أنت حرٌّ على أن تدفع إليّ كذا .

الرابع : أنت حرٌّ على أن تؤدي إليَّ كذا .

والخامس : أنت حرٌّ إن أديت إليّ كذا وإن دفعته ، أو إذا أديتهُ ، أو دفعتهُ ، أو أعطيتهُ ، أو متى ما جئت به .

واختلف تأويل المتأخرين والشارحين ، هل ترجع هذه الصور الخمس إلى ثلاث مسائل ، ترجع إلى ثلاثة أجوبة ، أو هي أربع مسائل لها أربع أجوبة :

فذهب معظم الشارحين والمختصرين من القرويين وغيرهم أن مذهب مالك ثلاث مسائل لهُ فيها ثلاثة أجوبة ، **ترجع في الحقيقة إلى جوابين :**

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة الأولى : قولك : وعليك ، وعلى أن عليك . أنهَّا عنده سواء ، والعبدُ يُعتق ويُتبع بالمال ، كان ذلك برضاهُ أو بغير رضاه ، وهو نصٌّ قوله في « كتاب العتق » [الثاني] (١) في قوله :« وعليك » ، وهو ظاهر قولهُ في « كتاب المكاتب » : على أن عليك ، لقوله : العتق جائز ، والدنانير لازمة للعبد .

واختصرها بعضهم « كان حرًا ويتبع بالمال » ، ومثله في « كتاب محمد » قال : هو حُر وعليه بالمال . وهو قول سحنون قال : وعليك ، وعلى أن عليك ، عند مالك سواء .

المسألة الثانية : [قوله] (٢) على أن تدفع إليّ كذا ، فلا يُعتق عنده حتى يدفع وذلك يرجع إلى رضا [ق/ ١١١ع] العبد ، فإن رضى كان عتقهُ موقوفًا على الأداء ، وهذا مجموع لفظهِ في « الكتاب » على افتراق مواضعه ، ومثلهُ في « كتاب محمد » ، قال هذا مِن ناحية [الكتابة] (٣) .

قال بعض [شيوخنا] (٤) القرويين : ولم يختلف المذهب في هذا أن العبد بالخيار بين الردِّ والقبول ، وأنَّهُ إن قبل لم يعتق حتى يدفع المال وقولهُ: إن دفعت ، أو أديت ، أو إذا ، أو متى ، كُلُّها بمعنى واحد .

هذا تحصيل مذهب مالك عند هؤلاء .

ومذهب ابن القاسم عندهم أنَّها أربع مسائل بأربعة أجوبة ، يُوافق فيها مالك في الأسئلة الثلاثة : أنت حرٌّ على أن تدفع إليَّ ، أو أنت حرٌّ على أن تُؤدى إليّ ، أو أنت حرٌّ إن أديت إليّ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ع ، هـ : الكتاب .

(٤) في أ : الشيوخ .

[ويخالفه] [١] فى السؤالين إذا قال لهُ : أنت حرٌّ وعليك . وكان بغير رضا العبد : أنَّهُ يكون حُرًا عندهُ ، ولا يتبع بشىء ، وإن كان برضاهُ ، فإنه يُتبع قولاً واحدًا ، وهـو قولهُ فى [كتاب] [٢] أمهات الأولاد إذا أعـتق أُم ولدِه على مال برضاها : إنَّها يلزمُها .

وذهب بعض الأندلسـيين إلى [أنها] [٣] [علـى] [٤] مذهـب ابن القاسم ثلاث مسائل لهُ فيها ثلاثة أجوبة ، فى كلٍّ [جواب لكل] [٥] مسألة قولان :

الأولى : قوله : « أنت حرٌّ وعليك » ، ففيها قولان :

أحـدهمـا : أنه حرٌّ ولا يتبع بشـىء ، وهو نصَّهُ فى [كتاب] [٦] العـتق الثانى .

والثـانى : أنَّهُ يكون حـرًا [ويتبع] [٧] ، وهذا القول قائـم من « كتاب العتق الثانى » من قوله : إذا قال السيد : أعتقك على مال ، وقال العبد : على غير مال .

حيث قال ابن القاسم : القول قول العبد ، ويحلف ، فإن كان العبد لا يلزمهُ المال ، ما كان يحلف .

والثانية : قوله : على أن عليك ، أو على أن تدفع إلىَّ فهذان الوجهان

---

(١) فى أ : قال .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : أن .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .

[عند مـالك] (١) مسألة واحدة ، جوابهما واحـد ، اختلف فيها قول ابن القاسم أيضًا ، فـقال فى « الكتاب » فى قوله : على أن عـليك ما تقدم ، وقال فى قوله : على أن تـدفع إلى [العبد] (٢) مخير كـقول مالك : ولا عتق للعبد إلا بأداء المال ، وله ألا يقبل .

وقال فى « العتبيـة » : على أن عليك ، العبد مخير فـى الرضا بالعتق على ذلك مـعجلاً ، فيلزمه المـال دينًا أو يؤدى ذلك ويبقـى رقيقًا ، [وأنَّ هذين القولين] (٣) يدخلان المسألتين جميعًا ، وأنَّهما عندهُ واحدة .

الثالثة : قولهُ : على أن يؤدى إلىَّ . هل [هو] (٤) مثل قوله : على أن تدفع إلى أم لا ؟ **قولان بين المتأخرين** :

أحدهما : [أن قوله :] (٥) على أن تُؤدى إلىّ ، مُخالف لقوله : على أن تدفع [إلىَّ] (٦) ، وأنَّ قولهُ : على أن تؤدى [إلىَّ] (٧) لم يختلف فيه [أن العبد بالخيار] (٨) وأنَّهُ لا يُعتق إلا بالأداء .

والثانى : أنه لا فرق بين اللفظين .

فعلى القول بالتـساوى ، [فيدخل اختلاف] (٩) قول ابن القـاسم فى

---

(١) فى أ : عنده .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى ع ، هـ : وإن كان هذان القولان .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .
(٨) سقط من أ .
(٩) فى أ : فيختلف .

قوله : على أن تؤدى [إلىّ كما اختلف فى قوله] [١] وعلى أن تـدفع إلىّ [والقـول بالتسـاوى بين قـوله : « على أن تؤدى إلـىّ وعلى أن تدفع إلىّ صـحـيح] [٢] لأن قـولهُ : على أن تدفع إلىَّ ، أو على أن تُؤدى . كـأنَّهُ جعل للعبد اختياراً ونظرًا [ق/ ١٩١جـ] لصرفه الفعل إليه .

وفى قـوله : عـلى أنَّ عليك ، « وعليك » إلزام لـلعـبـد ، ولا رأى [له][٣] فيه ولا اختيار [بل] [٤] ظاهرهُ أنَّهُ مجبور على الدفع .

فهذا تفصيل هذه [المسائل] [٥] .

واختلاف الـشيوخ فى مذهب مـالك وابن القاسم فيهـا على ما تراهُ ، وسنورد فى ذلك تفصيلاً آخر ، نزيد به هذه المسائل [بيانًا] [٦] ، ونذكـر ما فيها [ق/ ٨١هـ] من خلاف ، ولغير ابن القاسم [ومالك] [٧] .

فأما قوله : أنت حرٌّ وعليك . والعبدُ غيرُ راضٍ كما قدمناه ، **ففيه ثلاثة أقوال :**

[أحدها] [٨] : قول مالك وأشهب أنَّهُ يكون حُرًا ويتبع .

والثانى : أنَّهُ يكون حُرًا ، ولا شىء عليه ، وهو قول ابن القاسم .

والثـالث : قول عبد الملك وابن نافع أنَّ العبـدَ مخير إن شاء التزم ذلك

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ.
(٤) فى أ : أن .
(٥) فى أ : المسألة .
(٦) سقط من أ .
(٧) سقط من أ .
(٨) سقط من أ.

ويعتق ويتبع بالمال دينًا ، إن لم يكن عندهُ ، وإن أبى رجع رقيقًا .

والثانية قوله : أنت حرٌّ على أنَّ عليك . **فيها أربعة أقوال :**

أحدها : قول مالك : إن العتق نافذ ويتبع بالمال ، كقولهُ فى الأوَّل .

والثـــانى : أن العبد مُخيَّرٌ فى إلزام المال أو رده ، ويبـقى رقيقًا ، كقول عبد الملك فى الأول ، وهو قول ابن القاسم فى « العتبية » .

والثـــالث : قول ابن الـقاسم [على رأى بعـضهم] (١) أنه يخـيـر بين القبول ،ولا يعتق إلا بالأداء أو الرد ، ويبـقى [رقيقًا] (٢) على جـوابه فى «المُدوّونة » فى قوله : على أن تدفع إلى . وتسويتهم بين اللفظين .

والـرابـع : أنَّهُ لا خيار للعبـد ولا يحصل لهُ العتق ، حتى يدفع المال ، فكأنَّهُ مِن باب الشرط ، وهو قولُ أصبغ .

والثالث قولهُ : أنت حرٌّ على أن تدفع إلىَّ **ففيها ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّ العبد يُخير فى أن يقبل ويلزم المال ، ولا يعتق إلا بأدائهِ أو يرد ويبقى رقيقًا ، وهو قول مالك وابن القاسم فى « المُدونَّة » .

والثانى : أنَّهُ مخيَّر بين الرضا بالعتق معجلاً أو يلزم المال دينًا أو يرد ذلك ويبقى رقيقًا ، وهو قول ابن القاسم فـى « العُتبيَّة » ، فى قوله بالمساواة بين قوله : على أن عليك ، وعلى أن تدفع إلَّى .

والثـــالث : تخـريج بعض الشيوخ أن العبـد متى دفع المال كان حرًا ، وللسـيد إجبـار العبـد على ذلك،بناءً على أنَّ للسـيد أن يُجـبر عبـدهُ على الكتابة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ.

والرابعة قوله : أنت حرٌّ على أن تؤدى [إلىَّ] [١] يتخرج فيها قولان أيضًا:

أحدهما : أن العبد بالخيار ، وأنَّهُ لا يُعتق إن اختار إلا بالأداء .

والثانى : أنَّهُ إن اختار العتق باما ل ، يُعجِّل العتق ويتبع بالمال فى الذمة إن كان معسراً .

فهذا تحصيل هذه المسألة ، وإيراد ما قيل فيها على الاستقصاء .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

إذا أقر بعض الورثه أن أباه أعتق هذا العبد

فلا يخلو مِن أن يُصدِّقهُ [بقية] (١) الورثة أو يُكذِّبهُ .

فإن صدّقهُ [بقية] (٢) الورثة أو واحدٌ منهم ، وكان هو والمُقر عَدْلين : فالعبدُ حرٌّ ، إن حمله الثلث أو ما [حمل منهُ] (٣) الثلث إن لم يكن فى الورثة إناث [أو كان فيهم إناث] (٤) والعبدُ ممن لا يرغب فى ولاية .

فإن كذبهُ بقيــة الورثة ، فلا يخلو الميت من أن يــترك عبيدًا سواه (ق/ ٢١٨ أ] أم لا .

فإن ترك عبيدًا [سواه] (٥) : فإن انقسموا ، فإنهم يُقسمون .

فإن [صار] (٦) الذى أقر بعتقه [فى سهمه] (٧) ، وقد حمله ثلث مال الميــت ، هل يعتق علــيه جميعه أو نــصفه ؟ فـالمذهــب علـى قـولين مـن «المُدونّة»:

أحدهما : أنه يعتق عليه جميعهُ ، وهو قول ابن القاسم فى [« المُدونّة» « وكتاب ابن المواز »] (٨) .

---

(١) فى أ : بعض .

(٢) فى أ : بعض .

(٣) في هـ : حمله .

(٤) سقط من هـ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى هـ : صار إليه .

(٧) سقط من هـ .

(٨) فى هـ : كتاب محمد .

والثانى : أنهُ لا يعتق منهُ إلا نصفهُ ، وهو قول مالك وأشهب فى «كتاب محمد » بُناء على أنهُ لا يعتق إلا فى [ثلث] (١) نصيب الوارث المقر، مثل أن يكون الميت قد ترك عبدين ، قيمة كُل واحدٍ منهما مائة ويترك مائة دينار.

فإن نظرت إلى جميع التركة ، كان الثلث يحمله ، ويعتق جميعه .

وإن نظرت إلى ما أخذ الوارث ، فقد أخذ مائة وخمسين ويعتق نصفه [لأنه ثلث] (٢) ما أخذ .

ويبنى الخلاف على الخلاف : فى القسمة ، هل هى بيع أو تمييز حق ؟

فمن رأى [أنها] (٣) بيع قال : لا يُعتق جميعهُ ، وإنما يعتق عليه نصفه ، على الخلاف فيمن رُدَّت شهادته فى عتق عبدٍ ثُمَّ اشتراه .

وعلى القول بأنَّها تمييز حق ، فيعتق جميعه .

فإن لم يترك [الميت] (٤) عبيدًا سواهُ ، هل يعتق عليه حصتهُ من العبد أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال كلُّها قائمة مِن « المُدوَّنة »** :

أحدها : أنهُ لا يجوز إقرارهُ ، ويكون نصيبهُ من العبد رقيقًا ، وهو قولهُ فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ يعتق عليه نصيبهُ خاصة ، وهو أحد قولى ابن القاسم فى إقرار أحد الشريكين على صاحبه أنه أعتق حصتهُ ، وهو موسر أنه يعتق نصيب الشاهدين ، فهو فى هذا أحرى أن يعتق نصيبهُ .

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : لأن الثلث .
(٣) فى أ : أنه .
(٤) فى أ : السيد .

والثالث : أنَّهُ يعتق [عليه] (١) نصيبه ، وتقوم عليه أنصاب شُركائه ، [ووجه] (٢) قول من قال : إنَّهُ لا يعتق عليه نصيبه .

إما [لكـونه] (٣) أدخل بإقراره ضررًا على الـورثة ، لأنَّ عتق البعض عيب فى جملته ، فلم يُقبل إقرارهُ .

وإما لأجل أن ذلك يؤدى إلى عتق النصيب بغير تقويم .

وأما القولان الآخران ، فمنشأ الخلاف فيهما احتمالان :

أن يكون هذا العتـق من الميت ، كما قال المُقر ، ثُمَّ لم يعـتق من العبد إلا حصتهُ ، ولا تقويم عليه .

واحتمال أن يكون من الوارث ، فيسندهُ إلى الميت ، فرارًا من التقويم ، فيستكمل عليه .

وعلى القول بأنَّهُ لا يُعتق عليه ، هل يـبيع حصتهُ منهُ أو يسترقهُ ، فقد قال مالك فى « المُدوَّنة » : يـندب إلى أن يبيع حصَّتهُ ، فيجعـلها فى رقبة المعتق ، أو [يُعلن] (٤) [بها] (٥) فى آخر نجوم المكاتب .

وقال بعض أصحابنا : ينبغى ألا يـستخدمهُ فى يومهِ وأن يتورع عنه إذا تمادى [ق/ ١١٢ع] على إقراره . [والحمد لله وحده] (٦)

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وهو .

(٣) فى أ " : أن يكون .

(٤) فى هـ : يعين .

(٥) سقط من أ.

(٦) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة السادسة

فى النصرانى إذا أعتق عبدهُ أو دبَّرهُ ، ثُمَّ أراد الرجوع فيه فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يعتقهُ بعد إسلام العبد .

والثانى : أن يعتقهُ قبل إسلامهُ ثُمَّ أراد الرجوع قبل إسلام العبد أو بعد إسلامه .

فإن أعتقهُ [بعد إسلام العبد فلا رد للسيد اتفاقًا لأنه كان حكم بين مسلم ونصرانى . وإن أعتقه] [1] قبل إسلامهِ ، فيرجع فيه [و] [2] العبد كافر ، **ولا يخلو من وجهين** :

أحدهما : أن يكون قد أخرجهُ مِن يدهِ ، وأبانهُ عن ملكه .

والثانى : أن يكون تحت يدهِ مسترسلاً فى خدمتهِ .

فالوجه الأول : إذا أخرجهُ مِن يده ، هل يُحكم بعتقهِ أم لا ؟ **على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة »** :

أحدهما : [أنه] [3] يعتق عليه ، ولا رجوع لهُ فيهِ ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب الجنايات » مِن « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يُحكم عليهِ بعتقهِ ، وأنَّهُ يمكن من الرجوع [فى] استرقاقهُ ، وهو ظاهر قولهُ فى «كتاب العتق الثانى» ، و«كتاب الولاء والمواريث» .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أن .

وسبـب **الخلاف** : الحيازة ، هل هى أمرٌ معمـولٌ له إسلامًا وكفرًا لقولهِ عليه السلام : « **مَن حاز شيئًا عشر سنين ، فهو لهُ** » (١) ومِن صيغ العموم فيمن يعقل الوجه الثانى : إذا بقى تحت ولايته مسترسلاً على خدمتهِ ، فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ يُحكم عليهِ بعتقه لعدم الحوز .

وأما إن أعتقـهُ قبل إسلامهِ ثُمَّ أراد الرجوع فيه بعد إســلام العبد : فإن أخرجـهُ مِن يدهِ وأبانهُ [عن ملكه] (٢) ، فلا خــلاف فى المذهب أن العتق نافذ ، ولا مردَ لهُ ، لأنَّ تمكينهُ مِن الحْوز بالإبانة دليلٌ على زوال ملكهِ عنهُ مع ما أحدث مِن الإسلام .

فإن لــم يُخرجــهُ من يدهِ بعد عــتقــه ، وبعد إســلامهِ ، حتــى حاول الرُجوع، هل يُمكَّن منهُ أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة »**:

أحدهما : أنَّ العتق نافذٌ لازمٌ ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » مِن كتاب «العتق الثانى » ، و « كتاب الولاء » .

والثـــانى : أنَّ لهُ الرُجوع فى عــتقهِ ، وأنَّ لهُ أن يستــرقهُ ، وهو ظاهر «المُدوَّنة » ، على اخــتلاف الروايات فى « كــتاب العــتق الثانى » وقــد قال [فيه](٣) مالك : ولو أراد أن يفسخ كتابته وتدبيرهُ ، [لم] (٤) أعرض لهُ إذا كان تدبيرهُ [ذلك] (٥) قبل أن يُسلم العبد .

فعلى هذه الرواية ، يُـمكَّن مِن الرُجوع ، و [هو] (٦) الذى اخــتارهُ

---

(١) ضعفه الشيخ الألبانى فى « الضعيفة » (٤٨٥٣) .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : به .

(٤) فى أ : ثم .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : هذا .

[القاضى] (١) أبو محمد عبد الوهاب والشيخ أبو الحسن اللخمى .

[وعلى الرواية الثانية] (٢) : إذا [رده] (٣) ذلك قبل أن يُسلم .

وهى رواية ابن وضَّاح ، فلا يُمكن مِن الرجوع ، لأنَّهُ حكم بين مسلم ونصرانى ، والمشهور أنَّهُ لا يعتق عليه وأنَّ لهُ الرجوع ، وهو قولهُ فى [« المُدونَّة »] (٤) .

[لأن] (٥) مُكثُهُ تحت الولاية والاستخدام ، دليلٌ على استدامة المُلك ، وإسلامه بعد ذلك لا يوجب لهُ عتقًا مجردًا إلا أن يبينه من تحت يده كما تقدَّم .

وَمَنْ يقول : [ينفذ] (٦) العتق ، ولا رد لهُ رأى أن العبدُ يعتذر ، ويقول : لو طالبتهُ بالإبانة ، لرجع فى عتقى ، فالآن قد صرتُ مسلماً.

فهذا حكم [بين] (٧) مسلم ونصرانى .

وهل التدبير كالعتق فى جميع ما ذكرناه أم لا ؟ **قولان** :

أحدهما : المساواة ، وهو ظاهر « المُدونَّة » .

والثانى : أنَّ التدبير مخافٌ للعتق ، والتدبير يصح للعبد بعد الإسلام ، وإنْ لم يُخرجهُ مِن يدهِ ، إذ لا يُتمكَّن لهُ ذلك ، إلا لبقاء الخدمة عليهِ ، بخلاف العتق .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : أراد .
(٤) فى هـ : العتبية .
(٥) سقط من أ .
(٦) فى ع ، هـ : بنفوذ .
(٧) سقط من أ .

وهذا كُله إذا لم يرض السيد بحكم الإسلام .

وأما إن تداعا العبد [والسيد] [١] ، ورضيا أن يُحكم بينهما بحكم الإسلام ، فقد نص [مالك] [٢] فى كتاب « العتق الثانى » من «المُدوَّنة»: أنَّ [الحاكم] [٣] يُحكم عليه بعتقه .

والحمد لله وحدهُ .

(١) « من أ .
(٢) سَقط من أ .
(٣) فى أ : الحكم .





كتاب المدبر



كتاب المدبر

تحصيل مشكلات هذا الكتاب ، وجملتُها خمسُ مسائل .

المسألة الأولى

الفرق بين التدبير والوصيَّة

والتدبير مأخوذ مِن الدُّبر ، ودُبُر كل شيءٍ وراءهُ ، **ولهُ ثلاثة ألفاظ** :

أحدها : قوله : أنت مُدبر .

والثانى : قولهُ : أنت حرٌّ عن دبر منى .

والثالث : قولُهُ : أنت حرٌّ بعد موتى ، ولا رُجوع [لى فيك] (١) .

فإذا تلفظ بأحد هذه الألفاظ الثلاثة ، فلا خلاف فى المذهب أنَّهُ مدبر ، لا [يرث] (٢) فيه .

ولفظ الـوصية أن يقـول : قد أوصيتُ بِعـتق فلان ، أو قال : أعـتقوا فُلانًا بعد موتى ، فهذا لا خلاف [فيه] (٣) أنهَّا وصيَّة ، ولهُ الرجوع فيها.

هناك لـفظٌ ثالث متـردد بين هذين الأصـلين أوجب تردده اختـلافًا بين العلماء ، هل يُحمل على الوصيَّة أو على التدبير ؟ ، وهو أن يقول لعبدِه: أنت حرٌّ بعد موتى . فلا يخلو من أن تكون معهُ قرينة تدل على الوصيَّة أَو لم تكن :

فإن كانت مـعهُ قرينة ، كقولـه : أنت حرٌّ بعد موتـى إنْ متُّ مِن هذا

---

(١) فى أ : له فيه .

(٢) فى أ : يورث .

(٣) سقط من أ .

المرض ، أو هذا السفر . فهى وصيَّة اتفاقًا .

وإن عدمت القرائن : **ففى المذهب قولان منصوصان فى « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّها وصيَّة حتى يُريد التدبير ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ تدبير حتى يُريد الوصيَّة ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : هل تغلب الدلالة العُرفية على اللغوية أو تغلب اللغوية [على العُرفية] [١] ؟

فإن قوله : أنت حرٌّ بعد موتى ، تدبير معنى واشتقاقًا . والعرفية : أن العادة جرت باستعمال هذه العبارات فى الوصية ، فإذا اثبت فلا يخلو التدبير من أن يكون مُطلقًا أو مقيدًا :

فإن كان مُطلقًا ، كقوله : أنت مدبر ، [فإنه] [٢] يُحمل على إطلاقهِ بلا خلاف ولا رُجوع لهُ فيه ببيعٍ ولا غيرهِ اختيارًا .

فإن كان مقيدًا ، كقوله : إن متُّ من مرضى هذا أو سفرى هذا ، فأنت مدبر ، أو إذا قدم فلان ، فأنت مُدبر ، وغير ذلك مما يُحتمل أن يكون ، ويحتمل ألا يكون ، هل يجوز لهُ البيع أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما [ق/ ١٩٢جـ] : أنَّ البيع جائز ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّ بيعهُ مكروهٌ غير محظور ، وهو قول مالك ، [لأنَّهُ قال : مرض هلك فى بيعه] [٣] .

والقولان فى « المُدوَّنة » .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة الثانية

فى رهن المدبر

ولا يخلو مِن أحد وجهين :

أحدهما : أنَّ يكون الراهن مُتطوعًا [به] (١) بعد العقد [والثانى : أن يكون مشروطًا فى أصل العقد . وأما الوجه الأول وهو أن يكون الراهن قد تطوع به بعد العقد] (٢) : فالرهن جائز اتفاقًا ، فإن حل الأجل قبل موت الراهن ، نظر [ق / ٨٢ هـ] إلى الدين :

فإن كان [قبل] (٣) التدبير : بيع [المدبر] (٤) فى الدين اتفاقًا .

فإن كان بعد التدبير : فالمدبر لا يُباع ، ويبقى رهنًا إلى موت السيِّد .

فإن كـان عبدهُ وفَّـى به الدين : خـرج المُدبر مِـن الرهن ، وقـوم فى الثُلُث .

وإن لم يكن لهُ مال : بـطل التدبير ، ويُباع العبـدُ فى الدَّين ، ويكون المُرتهن أولى [به] (٥) مِن الغُرماء .

والوجه الثانى : إذا كان الرهن مشروطًا فى أصل البيع أو السلف ، فإن كان الدين قبل التدبير ، فالرهن جائزٌ اتفاقًا [ووفاقًا] (٦) .

وإن كان بعد التدبير : لم يُجز للغرر .

---

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : العقد .
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ .

وبيان الغرر : أنَّ صاحب الدَّين لا يدرى متى يقبض دَيْنَهُ ، وهو إنَّما [يُريد] (١) قضاء دينه مِن الرهن الذى تحت [يديه] (٢) أو مِن مال السيِّد ، ولا يدرى هل يحل أَجَلَهُ قبل موت السيِّد وهو ملى ، [فيأخذه] (٣) لأجلهِ أو يحل وهو عديم ، ولا يقدر على بيع الرهن قبل وفاة السيد ، فهذا بيان وجه الغرر .

فابن القاسم يُطلق جواز رهن المُدبر فى « الكتاب » ، وأطلق أشهب المنع فى « كتاب الرهون » .

واختلف المتأخرون هل ذلك اختلاف حال أو اختلاف أقوال ؟

فمنهم مَن حَمَلَ قول ابن القاسم على الوجه الأول ، قال : إنَّما تكلَّم ابن القاسم فيما إذا تطوّع الراهن بالرَّهن ، وكان غير مشروطٍ فى أصل العقد .

وأشهب تكلَّم على الوجه الثانى ، إذا كان مشروطًا فى العقد .

كُلٌّ واحدٍ منهما تكلم على ما لم يتكلم عليه الآخر ، فيكون ذلك اختلاف حال ، وهو تأويلٌ جيِّد .

ومنهم مَن حمل الكلام على ظاهرِهِ فقال : ابن القاسم لم يفصِّل ، وأشهب فصَّل ،

فحمل كلامهما على أَنَّهُ اختلاف قول .

واختلف فى [وجه] (٤) قول ابن القاسم على هذا التأويل :

---

(١) فى ع ، هـ : يرجو .
(٢) فى ع ، هـ : يده .
(٣) فى أ : ويأخذ .
(٤) سقط من أ .

فمنهـم مَنْ قال : إنَّ ذلك منهُ جنـوح إلى جواز بيع المُدبر ومـنهم مَنْ قال: إنَّ ابن الـقاسم يقول : وإن كان الـرهن فى أصل العقـد ، فإنَّ ذلك جائز ، فإن حلّ الأجـل قبل موت السيِّد،والدَّين بعـد التدبير (ق/ ٢١٩ أ) فالعبد يُؤاجر [ق / ١١٣ ع] لهُ دون سائر الغُرماء .

فإن وفَّاهُ والسيِّد حيٌ رجع إلى السيِّد .

فإن مات السيِّد ، ولـم يكن لهُ مال ، بيـع منهُ بمقدار ما بقى مِن دينهِ ، ويعتق ثُلُث ما بقى ، إذا لـم يكن عليهِ دينٌ سواه .

والحمد للَّه وحده .

المسألة الثالثة

فى بيع المدبر .

ولا يخلو بيع المُدبر مِن أحد وجهين :

إما أن يكون قائمًا بين المُشترى .

أو فائتًا .

فإن كان قائمًا : فالبيع مردود اتفاقًا .

وإن كان فائتًا ، فهل هو فى ضمان البائع [أو فى ضمان المشترى](١)؟

[فعن مالك فى ذلك قولان](٢) :

أحدهما : أنَّ الضمان [فيهِ من](٣) البائع ، وأنَّ البيع [فيه](٤) غيرُ مُنعقد .

والثانى : أنَّ الضمان فيه مِن المُشترى .

فعلى القول بأنَّ الضمان فيهِ مِن [المشترى](٥) ، فلا يخلو فواتهُ مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا بحدوث عيب .

وإما بموت .

أو بعتق .

---

(١) فى أ : أم لا .

(٢) فى أ : فالمذهب على قولين .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : التمسك .

[أو إيلاد] [١] إن كانت أمة .

فإن فات بحدوث عيبٍ : فالبيع مفسوخ ، ويردُّ المُشترى العبدَ ، مع ما نقصه العيب .

واختلف فى أرش العيـب ، هل يكون للسيِّد مِلكًا أو يجـعلهُ فى رقبة أُخرى ؟ على قولين :

أحدهمـا : أنَّهُ يكون للـسيِّد ملـكًا ، وهو ظاهر « المُـدوَّنة » ، كأرش بعض أعضائه .

والثانى : أنَّهُ يجعلهُ فى [رقبته] [٢] للعِتق .

وإن كان فواتهُ ذهاب [شخصهِ] [٣] بالموت ،

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحـدهـا : أنَّ البائع يصـرف جميع الثمن فى رقـبة أُخرى ، وهو قول أشهب فى « الدمياطية » .

والثانى : أنَّهُ يصرف الفضل إلى الرقبة خاصةً ، وهو مذهب « المُدوَّنة» .

والثـالث : أنَّ الفضل الزائد [على ما] [٤] بين الرجاء والخوف يُصرف للمشترى ، وهو أحد قولى سحنون رضى اللَّه عنهُ .

وإن كان فواتهُ بعتقٍ أو إيلاد إن كانت أمة ، هل يفتيهما ذلك أو ينتقض البيع ؟ قولان منصوصان فى كتاب « المكاتب » .

---

(١) فى ع ، هـ : وإما بإيلاد .

(٢) فى أ : رقبة .

(٣) فى هـ : عينه .

(٤) فى أ : عما .

وعلى القول [بأن ذلك] (١) يُفيتهما البيع ، هل يكون الثمن للبائع سائغًا أو يجعلهُ فى رقبة أُخرى ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّ الثمن لهُ [سائغ] (٢) ، وهو مذهب « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ يجعل الثمن كُلّهُ فى رقبة أُخرى ، وهو قول ابن كنانة فى « كتاب المدنيين » .

وعلى القول بأنَّ البيع ينتقض [و] (٣) أنَّ العتق لا يُفيتُهُ ، فإن لم يحكم بنقضه ، حتى مات البائع ، نظر :

فإن حَمَلَهُ الثُلُث نقض البيع ، وعتق على الميت .

فإن كان عليهِ دين [برقه] (٤) : مضى البيع فيه .

وإن لم يكن [عليه](٥) ين ، ولا لهُ ثلث [يحمله](٦) : فإنَّ البيع ينتقض فى ثلث العبد ويُعتق على الميت ، وينظر فى الثُلُثين الباقيين :

فإن كان المُشترى قد أعتقهُ نفد عليهِ عتق الثُلُثين ، ويكون لهُ مِن الولاء بقدر ذلك .

فإن لم [يعتقه] (٧) ، هل يلزمهُ البيع فى الثلثين أو يملك [الرد] (٨) بعيب العتق . ، فإن لم يعلم بالتدبير حتى اشترى [فله] (٩) الرد : فإن

---

(١) فى أ : بأنها .

(٢) فى أ : مبايع .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : كمله .

(٧) فى أ : يفته .

(٨) فى أ: الولد .

(٩) فى أ : فأما .

علم ، هل لهُ [ردُّ العيب] [١] أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّ البيع يـلزمهُ فى الثُلُـثين ، ولا رد [له] [٢] لعـلمـهِ بالتدبير .

والـثانـى : أنَّ لهُ الرد ، لأنَّهُ لم يدخل إلا على جُـملة العبد لا على بعضهِ .

والحمد للَّه وحدهُ .

(١) فى هـ : الرد .

(٢) سقط من أ .

المسألة الرابعة

فى المدبر يكاتب أو المكاتب يُدبر .

ولا يخلو مِن أن يسبق التدبير بالكتابة أو يتقدم بالكتابة على التدبير .

فإن قدم بالتدبير على الكتابة مثل أن يكاتب مدبره ، فإنَّ ذلك جائز ، ويكون مُدبرًا مكاتبًا ، ثُمَّ لا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا أن يُؤدى فى حياة سيِّدهِ .

وإمَّا أن يعجز .

وإمَّا أن يموت السيد قبل أنْ يُؤدى ، ولم يعجز .

فإن أدَّى فى حياة السيِّد : كان حُرًا .

فإن عجز عن أداء الكتابة : بقى على حقِّهِ فى التدبير وإن لم يُؤد ، ولم يعجز حتى مات [السيد] [1] ، فلا يخلو مِن أن يكون عليهِ دين يغترقه أو لا دين عليه .

فإن كان عليهِ ديْن يغترق قيمة المدبر ، فلا يخلو مِن أن تكون قيمتهُ مكاتبا أكثر مِن قيمته أو تكون قيمتهِ مكاتبًا أقل .

فإن كانت قيمتهُ مكاتبًا أكثر مِن قيمتهِ غير مُكاتب أو كانت قيمته مُكاتبًا وغير مكاتب سواء : سقط التدبير وبقيت الكتابة ، وتباع الكتابة فى الدَّين .

فإن كان [فى] [2] بعضها وفَّى به : بيع ذلك منها ، وعُتق ثُلُث ما بقى ، ويحطَّ عنهُ منها بقدر ثلث ما لم يبع مِن كتابتهِ ، وهو ما قابل ثلث

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

العتق بعد الذى بيع للديْن .

وإن كانت قـيمتهُ مكاتـبًا أقل ، وقيمة الـرقبة أكثر ، مِثـل : أن تكون رقبتهُ غير مكاتب « مائة » ، وقيمتهُ مكـاتبًا خمسون ، هل يبقى على كتابتهِ أو يعجز ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّه يبقى على كتابتهِ ، ويُؤدى لأهل الدَّين نجومًا .

فإن أدى : عُتق كلـهُ ، وإن عجز : قُضى منه الدين ، وعـتق ثُلث ما بقى ، وهو قول ابن القاسم فى « الموَّازية » ، وبه قال أصبغ .

والثانى : لا بد مِن تعـجيزهِ ، حتى يعتق منهُ ثُلث ما بـقى بعد ما يُباع للدَّين ، وهو قول عبد الملك فى « الموَّازية » .

فإن مات السيد ، ولا ديْن عليهِ : فإنَّهُ يقوم بحقِّهِ فى التدبير .

فإن حملهُ الثلث على أنَّهُ لا كتابة فيه : عُتق وسقطت الكتابة .

وإن لم يترك مـالاً سواه : أعتق ثُلثـه لتدبير ، وبقـى ثُلثاهُ بالكـتابة ، ويسقط عنهُ مِن كُلِّ نجم ثلثه ، وبقى فى الثُلُثين .

وأمَّا إن قدَّم الكتابـة على التدبير ، مثل أن يدبر مـكاتبه : كان الجواب على ما تقدَّم ، ولو سبق [التقديم] (١) فى جميع ما قدَّمناه .

فإن لم يُؤد الكتابة ، ولا عجز حتى مات السيِّد :

كانَّ فى الثلث الأقل مِن الكتابة أو [من] (٢) قيمة الرقبة .

[و] (٣) الفرق بينهما أنَّهُ إذا تقدَّم التدبير ، ثُمَّ مات السيِّد ، كان السيد

---

(١) فى أ : التدبير .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

على [حقه فى الكتابة لأنه] لم يسمطها .

وإن تقدمت الكتابة : كان قد أسقطها بالتدبير .

وإن مات ، فإن كانت قيمته مُكاتبًا أقل ، قال العبد : إنَّما [يستحق قبلى مالاً] وقد أسقطهُ بالتدبير ، وهو الذى [جعل] [1] فى الثلث فإن كانت قيمة الرقبة أقل ، قال : إنما بعجز بنفسى [لعتق . فإذا أعجز نفسه] [2]، كانت الرقبة هى [المملوكة] .

والحمد للَّه وحدهُ .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى المدبر يُباع فى المقاسم ، فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يـعلم أَنَّهُ لرجـل مِن [المسلمين بـعيد فهذا] لا يُـقسم ، ويوقف لهُ .

والثانى : أن يعلم أَنَّهُ مدبر لمسلـم ، وجهل عين صاحبهِ ، فهذا تكون خدمتـهُ لأهل الجيش دون [رقبـته أو] : أن يجهـل أَنَّهُ مدبر ، فيـباع فى المقاسم ، ثُمَّ قدم صاحبهُ بعد القسم واستحقَّهُ ، هل للسيد أن يفدى خدمتهُ أو يبقى رقيقًا [لمشتريه ؟ فالمذهب] [1] ؟ **على قولين** :

أحــدهـــمــا : أَنَّهُ يبـقى رقيقًـا لمشتريهِ ، وهـو قول ابن القـاسم فى «الدمياطية» .

والـثـانـى : أنَّ للسيِّد المـستحق أنَّ [يفدى خدمتـه وهو] ، قولهُ فى «المُدوَّنة » .

وسبب الخلاف : ما حازه الكفَّار مِن أموال المسلمين ، هل يقطع ملكهم منهُ أم لا ؟

وعلى القول بأَنَّهُ [يبقى مدبرًا هل تكون] خدمتهُ لمشتريه أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّ جميع خدمته حياة السيـد لمشتريه مِن المقاسم ولا شىء فيها [للسيد] ، وهو قول ابن الموّاز .

والثانى : أنَّ مُشتريه من المقاسم ، يستوفى مِن خدمتهِ ما اشتراهُ بهُ .

---

(١) سقط من أ .

فإن استوفاهُ وسيِّدهُ حى متى [رجع إليه وهو قول ابن القاسم] فى «المُدوَّنة » .

فإن مات السيِّد قبل أنْ يستوفى فى المُشترى مِن الخدمة ما اشترى به ، فلا يخلو مِن أن يحملهُ [الثلث أو لا يحمله] (١) .

فإن حملهُ الثُلُث كان [عتيقًا . واختلف هل يتبع] [بالفضل] (٢) أم لا ؟

على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يُتبع ببقية القيمة فى ذمته ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ لا [يتبع بشىء وهو قول] ، الغير فى « كتاب الجنايات» [فى المدبر] (٣) يجنى ثُمَّ يُسلم السيِّد خدمتهُ للمجنى عليه .

وسببُ الخلاف : هل ذلك [تسلم اقتضاء فيرجع] إليهِ الفضل أو ذلك تسليم [تملُّك] (٤) ، فتكون جميعُها للمشترى أو المجنى عليه ، وإن لم يحملهُ الثُلُث ، فإنَّهُ يحسب ما بقى من [الثمن ثم يستوفى] مِن الخدمة ، [فيقبض] (٥) على ما أعتق ، وعلى ما بقى فما ناب [العتيق] (٦) منه اتبع به ، وما لم يحمله الثلث [رق] (٧) للمشترى ، وهل للورثة [فيه خيار أم لا] ؟ **فالمذهب على قولين :**

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : بالفاضل .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ع ، هـ : ملك .

(٥) فى أ : فيقضى .

(٦) فى هـ : العتق .

(٧) سقط من أ .

أحدهما : أَنَّهُ لا خيار فيهِ للورثة ، وهو المنصوص عن مالك .

والثانى : أنَّ الخيار فيهِ للورثة .

والقولان : [قائمان من المدونة] .

وسببُ الخلاف : هل ذلك حقٌ يورث عن الميت أو ليس ذلك حقٌ يُورث عنهُ ؟

والحمد للَّه وحدهُ .



كتاب المكاتب

كتاب المكاتب

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتُها سبع عشرة مسألة :

المسألة الأولى

فى الكتابة [ق / ١١٤ جـ] .

كانت الكتابة فى [الجاهلية فأقرها] الإسلام ، وهى العتق على مال .

واختلف فى اشتقاقها :

فقيل : هى مشتقة مِن الكتاب ، وهو : الأجل ، قال الله عز وجل : ﴿ إلاَّ وَلَهَا كِتَابٌ مَّعْلُومٌ ﴾ (١) أى : أجل معلوم أى مُقدر .

وقيل [هى] (٢) مِن الإيجاب واللزوم ، لإلزام السيد ذلك للعبد ، ولا رجوع لهُ فيه ، وأنَّ ذلك أمرٌ [لازم للعبد] ، ولا خروج لهُ [عنه](٣) أيضًا ، كان ذلك برضاهُ على الوِفاق [إلا على القول بأن له أن يعجز بنفسه وإن كان له مال ظاهر] (٤) أو [على غير] (٥) رضاه ، على الخلاف فى السيِّد ، هل له أن يجبر [ق / ١٩٣ جـ] عبده على الكتابة أم لا ؟ [وقد اختلف] فيهِ المذهب على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة » ، وقد قال فيمن كاتب عبدهُ على نفسه [مع] (٦) عبدٍ لهُ غائب : إنَّ ذلك جائز ، وذلك

(١) سورة الحجر الآية (٤) .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ع ، هـ : بغير .

(٦) فى هـ : وعلى .

لازم كتابة [ولا رجوع] (١) لهُ عنهُ ، وهو قولهُ فى « كتاب العتق الثانى » إذا أعتق عبدهُ على مالٍ ، حيثُ قال : إنَّهُ يُتبع [ق / ٨٣ هـ] فى الذمَّة على ما [أحب أو كره . وظاهر] قول ابن القاسم [الذى] (٢) يقول : يُعتق ولا يُتبع ، أنَّهُ لا يجوز لهُ أن يُجبرهُ على الكتابة .

والدليل على أنَّها من الإيجاب ، من كتاب الله تعالى [قوله] (٣) : ﴿كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ الرَّحْمَةَ أَنَّهُ مَنْ عَمِلَ مِنكُمْ سُوءًا بِجَهَالَةٍ ﴾ (٤) أى : أوجبها .

وقيل : إنَّ الكتابة مأخوذة مِن الكتاب الذى يكتبونه بينهم فى [عقد ذلك ويقدر] فيها كتاب ، وكتابة ، ومكاتبة قال الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَبْتَغُونَ الْكِتَابَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (٥) الآية .

[صيغتها] (٦) صيغة الأمر ، مقيَّدة بشرط ، فإذا وجب هذا الشرط ، هل تجب الكتابة أو هى مباحة أو مندوب إليها ؟ ولا خلاف عندنا أنَّ الكتابة ليست بواجبة ، وبه قال الشافعى وأبو حنيفة خلافًا للظاهرية ، ولا خلاف عندنا لَنَّها مباحة واختلف عندنا ، هل هى مندوب إليها أم لا ؟

على قولين :

أحدهما : أنَّها على الإباحة دون المندوب ، وهو ظاهر قول مالك فى «الموطأ » .

والثانى : أنها على الندب ، وهو قول القاضى أبى الحسن بن القصَّار ،

---

(١) فى هـ : ولا خروج .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سورة الأنعام الآية (٥٤) .
(٥) سورة النور الآية (٣٣) .
(٦) فى هـ : وهذه .

وبه قال عبد الملك بن الماجشون [فى المبسوط] [١] .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى صيغة الأمر إذا وردت .

فمن حملها على [ظاهر الأمر] [٢] قال بالوجوب .

ومن صرفها عن الـوجوب ، استدل بالإجماع على أن السـيد لا يجبر (ق / ٢٢٠) على عتق عبده ولا على بيعه .

والكتابة لا تخلو مِن أن تكون بيعًا أو عتقًا .

فإذا خرجت عن أن تكون واجبة ، ترددت بين الندب والإباحة .

فمن حملهـا على الندب رأى أنَّ الكتابة عقدٌ مِن عـقود الحُرية ، الذى هو أفضل أعمال البر ، وأجلُّ نوافل الخيـر ، ولا سيما وقد أمر الله تعالى بهِ .

فإذا بطل أن يُـحمل [هذا] [٣] الأمر على الوجوب ، فـأقل مراتبه أن يُحمل على الندب .

[ومن] [٤] حملهُ على الإباحة ، رأى أنَّهُ أمرٌ وَرَدَ بعد الحظر ومشهور [مذاهب] [٥] الأصوليين أنَّ صيغة افعل إذا وردت بعد الحظر ، [أنه] [٦] [يحمل] [٧] على الإباحة ، كالأمر بالصيد بعد الإحلال ، والانتشار بعد صلاة الجمعة إلا أنَّ بعض حُـذَّاق الأصوليين ، قال :إنَّما يصحُّ ذلك ، إذا

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى هـ : ظاهرها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فمن .

(٥) فى هـ : مذهب .

(٦) فى أ : أنها .

(٧) سقط من أ .

كان الحظر [متأصلاً] [١] ، فأمَّا إذا كان لعارضٍ طرأ ثُمَّ زال كالإحرام والجمعة والإطعام ، وذلك حظرٌ طرأ ليس بأصلى ، وإلى هذا ذهب إمام الحرمين فى التلخيص ، وحظر الكتابة متصلاً .

وبيان وجود الحظر فى الكتابة ، وأنَّها على خلاف الأصل ، ومقتضى الدليل : ألا تجوز الكتابة ، لأن العبد يسعى ويقتحم الأخطار ، ويجول فى الأقطار ، ويُؤدى المال إلى السيِّد لأمرٍ لا يدرى أيكون أو لا يكون .

ويُحتمل أن يُؤدى جميع الكتابة ، فيعتق ويحتمل أن يموت قبل الأداء ، ويحتمل أن يعجز بعد أنْ أدى أكثر الكتابة ، ويرجع رقيقًا ، والمال للسيِّد ، ويذهب عناؤه [باطلاً] [٢] ، لا هو إلى العتق ولا مالهُ يرجع إليه ، فهذا غرر وخطر مع ما فيهِ مِن أكل المال بالباطل ، [إلا أنَّ] [٣] الشرع رد بجوازها ، وهذا أمر ورد بعد الحظر ، والحظر أصل ، فوجب أن يُحمل على الندب .

ويختلف هل هى منجمَّة أو حالة ؟ **على قولين :**

أحدهما : أنَّها مُنجمة ، ولا يجوز أن تكون حالة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدوّنة » حيث قال : والكتابة عند الناس منجمة .

وهو قولُ الشيخ أبى محمد بن أبى زيد فى « رسالتهِ » [٤] ، وهو مذهب الشافعى رضى الله عنه .

والثانى : أنَّهُ يجوز أن تكون حالة ، وهذا القول حكاية القاضى أبى

---

(١) فى أ : متصلاً .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى هـ : لكن .

(٤) (ص / ٢٢٣) .

محمد عن مُتأخرى شيوخنا ، وهو الذى ارتضاهُ هو وغيرهُ مِن أئمتنا ، وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنهُ .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى اشتقاق « الكتابة » :

فمن رأى أنَّها مشتقة مِن « الكتاب » الذى هو الأجل قال : إنَّها منجمة .

وَمَنْ رأى أنَّها مشتقة مِن الكتاب الذى يُكتب بينهما يقول : إنَّها حالة ، إذ ليس فى مقتضى إطلاقها ما يدلّ على التنجيم والتأخير إلا ما يُؤخذ مِن الاشتقاق .

فإن كان هناك دليل عرفى ، فينبغى أن يكون الرجوع إليهِ ، وكذلك قولهُ تعالى : ﴿ وَآتُوهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ [1] هو ندب وترغيب للوجوب واللزوم ، خلافًا للشافعى ، فإنَّهُ حمل الكتابة على الندب ، والإيتاء على الوجوب .

وقد اختلف فى ذلك على أربعة أقوال :

أحدها : أنَّهُ يوضع عنهُ مِن آخر كتابتهِ شىء ، وهو قول مالك فى المُدونَّة ، ومَنْ حكى عنهُ مِن أهل العلم .

والثانى : أنَّهُ يُوضع [عنهُ] [2] رُبع الكتابة ، وهو قول على بن أبى طالب رضى الله عنه .

والثالث : أنَّهُ شىءٌ حث عليه المولى وغيرهُ ، وهو قول النخعى .

وهذه الأقوال كُلُّها فى « المُدونَّة » .

---

(١) سورة النور الآية (٣٣) .

(٢) سقط من هـ .

والرابع : أنَّ الخطاب فى ذلك للولاة ، يعطونهُ مِن الزكاة التى فرض الله لهم ، وهو قول زيد بن أسلم .

وفيها قول خامس : أنَّ الخطاب فيها للسيد أن يعطيهِ [شيئًا] [١] من مالهِ ، وهذا القول مرويٌّ عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه .

واختلف فى قولهِ تعالى : ﴿ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [٢] ، ما الخير الذى أراد ؟ فقيل : [الخير] [٣] المراد [هو] [٤] القوة على الأداء ، وهو مشهور قول مالك .

وقيل : المال نفسه ، وقالهُ مجاهد وسعيد بن جُبير وزيد بن أسلم والضحَّاك ، قال الله تعالى : ﴿ إِن تَرَكَ خَيْرًا ﴾[٥] و [قيل] [٦]الأمانة [والصدق] [٧] والوفاء ، وهو قول النخعى .

وقد اختلف فى كتابة مَن لا سعاية [له] [٨] ولا أمانة كالصغير :

قال ابن القاسم : أنَّها جائزة .

قال أشهب : لا تجوز ، وترد إلا أن تفوت بالأداء .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سورة النور الآية (٣٣) .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سورة البقرة الآية (١٨٠) .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من هـ .

(٨) فى ع ، هـ : فيه .

المسألة الثانية

في الكتابة [على غرر] (١) ، هل تجوز أو لا تجوز ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلّها قائمة مِن « المُدوّنة » :

أحـــدها : أنَّ الكتابة على الغرر جـائزة ، وهو مشهور المذهب ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » بجواز الكتابة على وصف حمران أو سودان ، ولم يصفهم جاز ، ويعطى وسطًا من وصف الحُمران أو السودان ، فظاهر « المُدوَّنة » أنَّهُ تجوز الكتابة على غرر ، وقد سألهُ فى كتاب « المُدوَّنة » عن الكتابة بالغرر، فأتى بهـذهِ المسألة ، ولم يُجـبهُ عن الغرر الذى سـأل عنهُ ، كالعـبد الآبق والبعير الشارد .

والثانى : أنَّ الكتابة على غرر لا تجوز ، وهذا القول قائم مِن « المُدوَّنة» مِن « مســألة اللؤلؤ » إذا كـاتبهُ على لؤلؤ « غـير مـوصوف » ، فـقال ابن القاسم فى « الكتاب » : إن الكتابة لا تجوز ، إذ [لا يحاط] (٢) بصفتهِ ، وتفسخ الكتابة .

وقال محمد بن الموّاز : لا تُفسخ الكتابة ، وتكون مِن أوسط الذى يشبه ما بينهما .

والقول الثالث : أنَّ الكتابة بالغرر تُكره ابتداءً ، فإن نزلت لم تفسخ ، لإجازة غير واحـد الربا بين السيد وعبده ، وهو قول أشـهب فى كتاب ابن الموّاز .

وعلى القـول بأنَّها تجوز على الغـرر ، فلا يخلو ذلك الغـرر مِن ثلاثة

(١) فى هـ : بالغرر .

(٢) فى أ : لا يخاطب .

أوجه :

إمَّا أن يكون فى مِلك العبد .

أو فى ملك السيِّد .

أو فى ملك غيرهما .

فإن كان فى ملك العبد ، مِثل : أن يُكاتبهُ على عبدٍ لهُ آبق أو بعيرٍ شارد أو جنين فى بطن أُمِّهِ : فإن ذلك جائز ، لأنَّهُ قد كان للسيِّد انتزاع ذلك مِن عبدهِ ، وأن يجبره على طلبهِ من غير كتابة .

فإذا جعل لهُ العتق على ذلك ، فقد [تفضل] .

فإن كان ذلك الغرر فى مِلك السيِّد ، مِثل : أن يُكاتبهُ على أن [يأتيه][(١)] بعبده الآبق وبعيره الشارد ، فإنَّ ذلك جائز [أيضًا] [(٢)] ، إذ للسيد أن يُجبرهُ على طلب ذلك كما تقدم ، لأنَّهُ عبده ولهُ أن يُكلفهُ مِن الأعمال التى له [بها] [(٣)] طاقة ما شاء ، وهو قول ابن القاسم فى [« المدونة »] [(٤)] .

فأمَّا إن كان ذلك الغرر فى يد غيرهما ، مِثل : أن يُكاتبهُ على عبدٍ فلان ، هل تجوز الكتابة أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّ الكتابة جائزة، فإنَّ جاء به وحصَّلهُ ، كان حرًا ، وإلا حكم بعجزهِ ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » و « الموَّازية » .

والثانى : أنَّ الكتابة لا تجوز وتفسخ إلا أن يشتريه قبل الفسخ ، وهو

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى جـ ، هـ : العتبية .

قول أشهب فى « كتاب محمد » .

والثالث : أنَّهُ إن لم يشتره ، أدى قيمته ، ولا يفسخ ذلك ، وهو قول محمـد [وقال] [١] ابن ميسر لا يتم له شىء إلا بعـبدِ فُلان ، والذي قالهُ يُحتمل أن يكون تفسيرًا لقول ابن القاسم .

وسـبب الخـلاف : الكتابة ، هل ناحيتها ناحيـة البيع أو ناحيتها ناحية العتق ؟

واختلف إذا كاتبهُ على أن يغرس لهُ كـذا وكذا شجرة ، هل ذلك كتابة أو وعد ؟

وفائدة ذلك وثمرته ، إذا فلس السيد أو مات فإن كانت [ق / ١١٥ع] كتابة تثبت ، وإن كان وعدًا أُسقط .

والصحيح : أنَّها كتابة ، والدليل عليهِ كتابة سلمان الفارسى رضى الله عنهُ كاتبهُ [سيده] [٢] على أن يغرس لهُ كذا [وكذا] [٣] واديًا مِن نخل .

والحمدُ لله وحدهُ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

المسألة الثالثة

فى الكتابة على الخدمة .

ولا تخلو الخدمة مِن أن يكون معها مال أو لم يكن :

فإن كان معها مال ، مِثل : أن يُكاتبهُ على عشرة دنانير منجمة عليهِ ، يُؤدى كُل شهر دينارين ، خدمته حتى يُؤدى كتابته ، وأسفارًا يشترطها عليه ما دام فى الكتابة ، فإنَّ ذلك لازمٌ لهُ ما لم يُؤد كتابتهُ ، وإذا أدّى كتابتهُ وعجَّلها قبل حلولها ، هل يسقط عنهُ ما كان اشترط عليه مِن الخدمة أم لا؟

ولا يخلو مِن أن يعجل عتقهُ [بعد] [1] قضاء الخدمة والأسفار أم لا .

فإن عجَّل عتقهُ بعد قضاء الخدمة والأسفار ، عند حلول أجل الكتابة ، فإنَّهُ لا تسقط عنه الخدمة ولا يحصل لهُ العتق إلا بانقضاء أمد الكتابة .

وإن عجل المال قبل ذلك ، وهو قول أصبغ فى « كتاب ابن حبيب » وبهِ قال ابن الموَّاز .

فإن لم يشترط ذلك، ولا قيَّدهُ ، هل يسقط عنهُ إذا عجَّل الكتابة أم لا؟

فعن مالك فى ذلك روايتان :

إحداهما : أنَّ الخدمة والأسفار ساقطة عنهُ ، وهى رواية ابن القاسم عنهُ فى « الموازية » .

والثانى : أنَّ يُعطيه مكان الأسفار والخدمة عينًا ، ويتم عتقهُ ، وهى رواية [أشهب] [2] عنهُ فى « الموازية » أيضًا .

---

(١) فى أ : قبل .

(٢) سقط من أ .

وسبب **الخلاف** : الخدمة ، هل هى مقصودة فى نفسها أو الكتابة هى المقصودة والخدمة تبعٌ ؟

فإن لم يكن مع الخدمة مال ، مِثل أن يقول لهُ : أكاتبك على خدمة شهر .

فإن أراد أن يكون العتق بعد الخدمة : فلا خلاف أنَّهُ لا يُعتق حتى [يُؤدى] (١) الخدمة .

فإن مرض فى الشهر أو أبق فيه :

فإن كان الشهر معينًا ، فإنَّهُ يلزمه البدل والعوض [ولا يعتقه حتى يخدمه شهرًا بخلاف المعتق إلى أجل لأن الكتابة هاهنا كالمعاوضة . فإذا لم يعين الشهر كان أولى فى لزوم العوض] (٢) .

فإن أعطى العبد قيمة خدمة الشهر للسيِّد ، فلا يُجبر السيِّد على القبول.

فإن أراد أن تكون الخدمة بعد العتق ، فلا أعلم فى المذهب نص خلاف فى سقوط الخدمة ولزوم العتق .

فإن أبهم الأمر : فإنَّهُ يحمل على أنَّ العتق يكون بعد الخدمة .

فإن اشترط السيِّد [أن يصيبها] (٣) إن كانت أمة أو استثنى ما [تلد](٤) فى كتابتها ، هل تجوز الكتابة أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنَّ الكتابة باطلة ، إلا أن يرضى السيد بترك الشرط ، وهو

(١) فى هـ : يوفى .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : وُلد .

قول مالك فى « العُتبيَّة » والموازية » في سماع أشهب عنهُ ، ولا فرق في ذلك بين ولد [المكاتب والمكاتبة] [(١)] .

والثانى : أنَّ الكتابة جائزة ، والشرط باطل ، وهو قول ابن القاسم فى « الموَّازية » ، وبهِ قال أصبغ . لأنَّهُ بمنزلة مَنْ أعتق أمة واستثنى ما فى بطنها .

والثالث : أنَّها إن أدت من الكتابة [ق / ١٩٤ جـ] نجمًا واحدًا : مضت ، وبطل الشرط وإن لم تُؤد شيئًا .

فإن ترك السيِّد شرطهُ ، وإلا بطلت الكتابة ، وكذلك فى ولد [المكاتب][(٢)] ، وهو قول محمد بن الموَّاز ، واتفقوا على أنَّهُ : إن لم ينظر فى أمرها حتى أدت حُرَّة وما فى بطنها والمكاتبة كذلك .

والحمد لله وحده [ق / ٨٤ هـ] .

---

(١) فى أ : المكاتبة الذكر .

(٢) فى هـ : المكاتبة .

المسألة الرابعة

في القطاعة .

ولا يخلو الحُكم فيها مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون ذلك بلفظ القطاعة ، إمَّا صيغة أو فحواها .

والثانى : أن يكون ذلك بلفظ السلف .

والثالث : أن يكون بلفظ [الإنظار] .

فالجواب (ق / ٢٢١ أ) عن الوجه الأول : إذا كان ذلك بلفظ الكتابة صيــغةً أو فحوى ، مِـثل أن يقول : أقاطعك على عشــرين مِن مائة ، **ولا يخلو مِن وجهين :**

أحــدها : أن يكون فى مكاتب يملك جــميعــهُ أو فى مكاتب بينهُ وبين غيره .

فإن كان ذلك فى مكاتب يملك جميعهُ ، فلا خلاف فى الجواز .

وإن قاطعهُ مِن ذهب على وَرِق أو مِن وَرِق على ذهب أو عروض .

فإن كان [على] [١] النقد وتعجيل العتق ، فلا خلاف فى المذهب فى الجواز فإن كان إلى أجل وتعجَّل العتق ، قولان :

مشهور المذهب : الجواز .

وسبــب الخلاف : الكتابة ، هل طريقهــا طريق البيع أو طريق العتق ؟ وللخلاف فيها مطلق آخر : معاملة السيِّد هلى هى كمعاملة الأجانب أم لا ؟

---

(١) سقط من هـ .

فإن تعجَّل ما فسخ فيهِ الكتابة ، فالعتق مُعجَّل اتفاقًا .

فإن كان إلى أجل ، والعتق غير مُعجَّل ، هل تجوز القطاعة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّ القطاعة لا تجوز إلا على تعجيل العتق ، وهو قول سحنون فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّ ذلك جائز ، سواءٌ عجلَّ عتقهُ أم لا ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والخلاف فى المذهب مشهور ، قد حكاهُ الشيخ أبو إسحاق التونسى وغيره .

فإن كان ذلك فى مكاتب بينهُ وبين غيره مِثل أن يُقاطعهُ على عشرين من مائة كما قدَّمنا ، فلا يخلو مِن أن يكون ذلك بإذن شريكهِ أم لا .

فإن كان ذلك بإذن شريكهِ ، **فلا يخلو العبد مِن ثلاثة أحوال :**

إما أن يُؤدى للشريك الذى لم يقاطع جميع حقِّه مِن الكتابة .

والثانى : أن يعجز .

والثالث : أن يموت قبل ازداء .

أمَّا إذا أدى لهُ جميع نصيبه ، فالعبد حر والولاء بينهما عى قدر أنصبائهما فى العبد .

وأمَّا الحالة الثانية : إذا عجز ، **فلا يخلو عجزهُ مِن وجهين :**

أحدهما : أن يعجز قبل أن يستوفى المُتمسك شيئًا .

والثانى : أن يعجز [بعد أن استوفى] [1] ، مِثل : الذى قاطع عليهِ

(١) فى أ : قبل أن يستوفى .

المقاطع أو أقل أو أكثر .

فإن عجز قبل أن يُؤدى شيئًا ، فلا يخلو المُقاطع مِن أحد وجهين :

إمَّا أن يستوفى جميع ما قاطع عليهِ أو بعضه أو لم يستوف شيئًا .

فإن استوفى جميع ما قـاطعهُ عليه ، فلهُ الخيارين بين أن يُقاسم شريكهُ المتمسك ويدخلهُ فيـما قبض على السواء ، ويكون العبد بينهمـا رقًا ، كما كان ، أو يقـتنع بما قبض ، ويُؤثرهُ على نصيـبه مِن العبد ، ويكون جـميع العبد للمتمسك .

وهذا الحكم إذا [قـبض] [1] البعض ، فلهُ الخيـار أيضًا ، غير أنَّهُ إن اختار الاستبداد بما قاطع .

فينظر إلى ما قبض ، فإن قبض خـمسة مِن عشرين ، فقد [بقى] [2] لهُ فى العبد الرُبع ، والثلاثة الأرباع للشريك .

فإن لم يستوفى المقاطع شيئًا ، فالعبدُ بينهما كما كان .

وأمَّا إن عجز بعـد أن يستوفى المُتمسك مقدار مـا قاطع عليهِ المقاطع أو أكثر ، والمُقاطع قد استوفى جميع ما قـاطع عليهِ أيضًا ، فالعبد بينهما أيضًا ولا خيار لهما .

فإن استوفى أقل ممَّا قبض المُقاطع ، فالخيار للمقاطع أيضًا ، إن شاء أن يرد على المُتـمسك ما استـقـصاهُ منهُ حتـى يساويه ويُوازيهِ ، ويكون العـبد بينهما أو يأبى فيكون جميع العبد للمُتمسك .

وأمَّا إن عجز قبل أن يستوفى المُقاطع شـيئًا ، والمُتمسك قد قبض بعض

(١) فى ع ، هـ : اقتضى .

(٢) سقط من هـ .

حقّهُ مِن الكتابة ، فلا يخلو ما قبضهُ المُتمسك من أن يكون قبضه على النجوم أو تعجلهَ قبل حلول النجم .

فإن قبضهُ على الحلول ، هل للمُقاطع الدخول معهُ أم لا ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّهُ لا دخول لهُ معهُ ، لأنَّهُ رضى بتأخير المكاتب ، وترك لشريكهِ ما أخذ ، وهو قول بعض المتأخرين .

والثانى : أنَّ للمقاطع الدخول معهُ فيما قبض ، ويتحاصان فيه هذا المقدار ما قاطع عليهِ ، والآخر بمقدار ذلك النجم ، لأنَّ ذلك النجم الذى حلَّ هو لهما جميعًا ، فلا يستبد بهِ واحد منهما دون الآخر ، وهو اختيار أبى عبد الله محمد بن يونس .

وأمَّا إن تعجلهُ المُتمسك قبل محله ، هل يشتركان فيه أو يكون كُله للمقاطع ؟ **قولان بين المتأخرين أيضًا** :

أحدهما : أنَّهما يقتسمانهِ على مقدار أنصابهما فى العبد أو على [قدر][1] ما لهما عليهِ من المال ، وهو الأحسن .

والثانى : بالتفصيل بين أن يكون للعبدِ مالٌ سواه ، فيكون للمقاطع أن يأخذ حقَّهُ مِن ذلك المال ، ويسلم للمتمسك ما اقتضى ، وبين أن لا يكون لهُ مال : فيكون أولى بما عجل [من المتمسك] [2] حتى يستوفى منهُ مقدار حقِّه .

فإن فضل شىء كان للمتمسك وحدهُ . ووجهه أن حقًّا للمقاطع ، قد حل وحق الآخر لم يحل ، وبعدما قبض المتمسك هبة مِن المكاتب

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : للمتمسك .

[ق/١١٩ ع] ، والمقاطع ردّ هبتهُ .

وأمَّا الحالة الثالثة : إذا مات المكاتب ، فلا يخلو مِن أن يموت حتف أنفهِ أو مات مقتولاً .

فإن مات حتف أنفهِ ، وترك مالاً فيهِ : وفَىّ بحق المُتمسك ، فهو لهُ .

فإن فضل شىء ، كان بينهما .

وإن لم يترك شيئًا : فلا رجوع للمتمسك على المقاطع .

وإن مات مقتولاً ، وأخذت قيمتهُ ، هل يكون كرقبتهِ أو كماله ؟ **قولان:**

أحدهما : أنَّ قيمتهُ كرقبتهِ .

والثانى: أنها كماله، وهو قول أبى عمران الفاسى [رضى الله عنه][(١)] .

وفائدة ذلك وثمرتهِ : أنَّا إن قلنا : إن القيمة كالرقبة : كان الخيار للمقاطع .

وإن قلنا : إنَّ القيمة كالمال ، كان للمتمسك أن يستوفى جميع حقِّه مِن تلك القيمة ، وما فضل يكون بينهما .

وسبب الخلاف : هل قيمة الشيء كعينهِ [أم لا ؟ ولا خلاف أن ثمن الشيء كعينه] [(٢)] ، على ما قال سحنون ، وذلك أنَّ أم الولد لا يجوز بيعها ، لأن ثمنها كعينها .

فإذا قلت جاز للسيد أخذ قيمتها وتكون لهُ حلالاً .

وأمَّا الوجه الثانى مِن أصل التقسيم : إذا قاطعهُ بغير إذن شريكهِ ،

---

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٢) سقط من أ .

وقبض ما قاطع عليهِ ، فالخيار للمتمسك إذا عجز المكاتب بين أن يستبدَّ بالعبد أو يدخل مع المقاطع فيما أخذ .

وإن اختار الدخول معهُ ، فذلك لهُ ، والعبد بينهما .

وإن اختار الاستبداد بالعبد ، هل لهُ ذلك أو يرجع الخيار إلى المقاطع ؟ **قولان :**

أحدهما : أنَّهُ لا خيار لهُ ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب .

والثانى : أنَّ الخيار يرجع إلى المقاطع ، وهو قول ابن المواز وأشهب .

وسبب الخلاف : من خيِّر بين شيئين ، هل يُعدُّ مختارًا لما ترك أم لا ؟

والجواب عن الوجه الثانى من أصل المسألة : إذا كان بوجه السلف ، مِثل أن يحل النجم ، ويحضر المكاتب جميعهُ فيقول أحدهما لصاحبه : بدنى بذلك النجم ، وخذ أنت الذى يليه ، فللمسلف الرجوع على صاحبِهِ اتفاقًا مِن غير اختيار [ولا خيار] (١) ، لأنَّ ذلك معاملةً بين الشريكين على سبيل المعروف ، ولم يدخل المكاتب فيما بينهما بشىء .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا كان بلفظ الإنظار ، وهو أن يُصرح بتأخير ، وإسلام ما يحضرهُ المكاتب لشريكه ، قصد بذلك الرفق بالعبد ، ومعروف صنعهُ معهُ ، وهذا لا رجوع لهُ على الشريك فيما قبض .

فهذه الوجوه الثلاثة لا إشكال فيها على ما فصَّلناهُ وحصلناهُ ، وإنَّما الغموض والإشكال عند التباس السؤال ، وإطلاق الألفاظ مِن غير احتياط، وإهمال التحرز والتحفظ ، فهنالك يتبلَّد الخاطر ويتردد الناظر ويتحيَّر

(١) سقط من أ .

[الفاكر] [1] ، [حتى] [2] يتعذّر التمييز بين السلف والقطاعة ، والإنظار لأجل الامتزاج ، [ويعتاض] [3] التقدير لرد الاحتياج .

فها أنا أُشمِّر الذيل ، وأنفس القول طلبًا لإزاحة الإشكال ، وقطعًا لمادة الاحتمال ، حتى تكون المسألة أجلى مِن النهار ، وأشهر فى الظلام من النار.

فنقول وبالله التوفيق : لا يخلو المُكاتب [على] [4] الحالة [الموصوفة][5] **مِن أربعة أوجه** :

أحدها : أن تحل جميع الكتابة ، وأحضر المكاتب نصفها .

والثانى : ألا يحل منها شىء ، ولا حضر قدر حق أحدهما .

والثالث : أن يحل نجم واحدٍ ، فأحضرهُ [كله] [6] .

والرابع : أن يحل نجم واحد وأحضر بعضهُ .

فأمَّا الوجه الأول : وهو أن تحل جميع الكتابة ، وأحضر المكاتب نصفها : فسخ أحدهما فى اقتضاء جميع نصيبهُ ، وأذن لهُ فى ذلك صاحبهُ، ورضى بإتباع المكاتب وإنظاره ، ثُمَّ عجز قبل أن يقبض منهُ شيئًا ، فلا خلاف فى المذهب فى هذا الوجه : أنَّهُ إنظار وليس بسلف ، وأنَّهُ لا رجوع لهُ على شريكهِ بشىء ، وأنَّ العبد يكون بينهما إن عجز .

---

(١) فى أ : المفكر .

(٢) فى أ : كما .

(٣) فى هـ : بعض .

(٤) فى هـ : فى .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : كلها .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا لم تحل [له] [١] الكتابة ، وأحضر المكاتب منها مقدار حق أحدهما ، وأذن أحدهما لصاحبِهِ أن يُعجل جميع حقِّهِ ، هل ذلك قطاعة أو سلف ؟ **قولان منصوصان فى « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أَنَّهُ كالقطاعة ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أَنَّهُ سلف ، وهو قول غيرهُ .

وعلى القول بأنَّ ذلك سلف للقابض ، هل هو سلف مِن الشريك أو [من] [٢] المكاتب ؟ قولان :

أحدهما : [أنه] [٣] مِن المكاتب ، وهو قول الغير فى « الكتاب » .

والثانى : أَنَّهُ سلف مِن الشريك ، وهو قول ابن الموّاز .

وفائدة الخلاف وثمرتهُ : [أنه] [٤] إن كان سلفًا مِن الشريك ، فلهُ الرجوع على القابض إذا عجز المكاتب .

وإن كان سلفًا مِن المكاتب ، فلا يرجع الشريك على القابض بشىءٍ ، عجز المكاتب أو عتق .

وأمَّا الوجه الثالث : إذا حلّ مِن الكتابة نجم ، وأحضرهُ المكاتب كُلَّهُ ، فاستبدَّ أحدهما بقبضهِ بإذن شريكه : فذلك سلف مِن الشريك بلا إشكال، لتعيين حق [كل] [٥] واحدٍ منهما فيه ، وترك أحدهما الآخر يقبض ويستقل بهِ مِلكًا دونهُ :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

دليلٌ على السلف .

وأمَّا الوجه الرابع : إذا حلَّ نجم وأحضر المُكاتب نصفهُ ، مِثل أن يكون النجم عشرة ، وأحضر « خمسة » : فهاهنا يُنظر إلى لفظ القابض ، ومنهُ يُعرف إن كان ذلك سلفًا أو إنظارًا فإن قال : بدنى به . أو قال : أنا آخذهُ، وأنظرهُ أنت ، كان ذلك إنظارًا لا سلفًا ، ثُمَّ لا رجوع للشريك على القابض إن عجز المكاتب ، ولا خيار لهُ ، لأنَّ قولهُ « أنظرهُ » معناهُ [أن][1] نصيبك باقٍ عليهِ .

فإن قال : « وعنى آخذ هذهِ الخمسة ، وخُذ أنت الخمسة الباقية » (أو استوفِ أنت حقَّك مِن الخمسةَ الباقية) : كان ذلك سلفًا مِن الشريك للقابض بلا إشكال ، ويرجع عليهِ بنصف الخمسة إن عجز المكاتب قبل أن يستوفى منهُ تلك الخمسة الباقية مِن ذلك النجم .

والحمدُ لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

في العبيد إذا كوتبوا كتابةً واحدة .

فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكونوا لمالك واحد .

والثاني : أن يكونوا [ق / ١٩٥ جـ] لُملاك [متعددة] (١) .

والثالث : أن يكونوا شركة (ق / ٢٢٢ أ) بين أشراك .

فالجـواب عن الوجه الأول : إذا كانوا لمالكٍ واحـد ، فلا يخلو مِن أن يكونوا كبارًا كُلُّهم أو فيهم صغار وكبار :

فإن كـانوا كُلُّهم كبـارًا يقوون على السـعى والكتابة جـائزة وكل واحد منهم يسعى لنفسـهِ فى أداء ما وجب عليهِ من الكتابة فإن أدى مـا عليه فإنَّهُ يسعى مع أصحابهِ ويعينهم على الأداء .

فإذا أعتقوا [بالأداء] (٢) .

فـمن أدى عن أصـحـابهِ منهم شـيـئًـا ، فإنَّهُ يـرجع عليـهم بهِ على [ق/ ٨٥هـ] ما [سيأتى] (٣) إن شاء الله تعالى .

ومن مـات منهم لم يحط عنهم شىء مِن الكتـابة لأنَّ كلَّ واحـدٍ منهم حميل بجميع الكتابةِ وعقد الكتابة يقتضى ذلك .

فإن استحقَّ أحدهم بحـرية أو ملك ينبغى أن يسقط عنهم ما ينوبه لأنَّهُ قد تبيَّن أنَّ السيـد عقد الكتابة على غير ملكهِ ، ولا تلزم الحـمالة للسِّيد بما

---

(١) فى هـ : معددة .

(٢) فى أ : على الأداء .

(٣) فى ع ، هـ : سنأتى به .

هو ملكٌ لغيرهِ .

وإلى هذا ذهب الشيخ أبو الحسن اللخمى ، وهو قول ابن الماجشون فى « الموَّازية » .

واختلف فى كيفية فض الكتابة عليهم على ثلاثة أقوال :

أحـــــدها : أنَّها تفـض على قدر قـوتهم عليـها وهو قـول مالك فى «المُدونَّة» .

والثـــانى : أنَّها تفض على قدر القوة على الأداء أو قـيمة الرقاب وهو قول ابن الماجشون .

والثـالث : أنَّها تُقسَّم على العدد وهـذا القول حكاهُ ابن الموّاز عن عبد الملك .

فإن عجز بعضهم وأدَّى الآخر جميع الكتابة فإنَّهُ يرجع عليهم على قدر قـوتهم على الكتـابة كـما فـضت عليـهم أولا وهو قـول ابن القـاسم فى «المُدونَّة» .

والثـــــانى : أنَّهُ يرجع عليهم على قـدر قوّتهم يوم كُوتبـوا ، وهو قول مطرف وابن الماجشون .

والثالث : أنَّهُ يرجع عليهم على قدر قوتهم يوم كوتبوا .

والـرابـــع : أنه يرجع عليهم على قـدر قوتهم يوم كوتبـوا وحالهم يوم عُتقوا وهو قول أصبغ .

والخـــامس : أنَّهُ يرجع عليهم على عـددهم . كما أنَّ الكتـابة تقضى عليهم [علـــى عددهم] [1] على ما حكاهُ ابن الموَّاز عن عبد الملك خلاف

(١) سقط من أ .

ما ذكر عنه ابن حبيب : أنَّهُ يرجع عليهم على قدر قيمتهم يوم عُتقوا.

فإذا ثبت لهُ الرجوع على أيِّ صفة [كان] (١) ، هل يرجع عليهم على النجوم أو يرجع عليهم على الحلول ؟ فلا يخلو مِن أن يُؤديهما على النجوم أو يُعجِّلها .

فإن أداها على النجوم فلا خلاف [ق / ١٢٠ ع] أنَّهُ [يرجع] (٢) مُعجلاً .

فإن عجَّلها فهل يرجع [عليهم] (٣) على النجوم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ يرجع عليهم على النجوم ، وهو قوله فى « المدونة » .

والثانى : أنَّهُ يرجع عليهم معجلاً وهو قوله فى كتاب « محمد » حيث قال فى باب آخر أنه يرجع عليهم .

وسبب الخلاف : فى جميع ما قدَّمناهُ اختلافهم فى الكتابة هل طريقها طريق العتق أو البيع ؟

فمن رأى أنَّ طريقها طريق البيع قال : تُعتبر قيمتهم يوم الكتابة .

ومن رأى أنَّ طريقها طريق العتق قال : تُعتبر قوتهم على الأداء وما عدا ذلك استحباب .

فإن كان فيهم صغارٌ وكبار فلا يخلو حالة مَن فيهم مِن الصغار مِن ثلاثة أوجه :

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لا رجع .

(٣) سقط من أ .

إمَّا أن يـكون عاجـزًا عن السعى غـيرُ قـادرٍ على الأداء حتى انقـضت الكتابة .

أو كان قادرًا عليهِ يوم الكتابة وقوى على السعى بعد مضى بعضها .

فإن كان لا يقوى على السعى حتى مضت الكتابة لم يُتبع بشىءٍ .

وإن كان يقوى على السعى يوم الكتابة فض عليه كما يفض على الكبير ويجتهد عليه على قـدر ما يرى أنه يقوى عليهِ فى كُلِّ سنة [لأنَّ قوتهُ] (١) تتزايد بمرور السنين .

فإن قوى على السعى بعـد مضى النجوم فقد اختلف فى كيـفية الكتابة عليهم على قولين :

أحدهما : أنَّهُ ينظر إلى حالهِ يوم عُقدت لهُ الكتابة ، يُريد أشهب على ما يُرجى [من أنـه يبلغ السعاية إلى الـوقت الفلانى فيكون عـليه من ذلك الوقت على التقدير يوم عقدت الكتابة كما يقوم الزرع] (٢) إذا فسد [على مـا يـرجى منه] (٣) ، وهذا تأويل الشيخ أبى إسـحاق التونسى [رحـمه الله](٤) .

والثـانى : أنَّهُ ينظر إلى حالهِ يوم بلغ السعى أنْ لو كان على هذه الحالة يوم الكتابة وقال الشيخ أيضًا : وينبغى أن يحط عنهُ هذا القدر الذى كان فيهِ لا قُدرة لهَ على السعاية إذ لو انقضت الكتابة قبل بلوغه السعاية ما كان عليه شىء . والذى قـاله أبو إسحاق صـحيح ولا يكون الحُكـم إلا كذلك وألا يؤدى ذلك إلى من تَوظف عليهِ الكتابة بنفس العـقد وهو عاجز عن السعى

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من ب .

وذلك لا سبيل إليهِ .

وأمَّا الوجه الثانى : إذا كان المُلاك متعدِّدة فجمعوهم فى كتابة واحدة فلا إشكال أنَّ ذلك ممنوع ابتداءً .

فإن نزل [ذلك] (١) فلا يخلو مِن أن يعثر على ذلك قبل الأداء أو بعده :

فإن عثر على ذلك قبل الأداء فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّ الكتابة باطلة لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهم حميل بما على صاحبهِ إذ لو هلك أحدهما أخذ سيِّد الهالك مال الآخر باطلا وهذا يُشبه الرقباء وهو قول مالك فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّ الكتابة تمضى ويبطل الشرط وتفض عليهم وتسقط حمالة بعضهم عن بعض وهو ظاهر قول ابن القاسم فى الأمة التى يُكاتبها ويستثنى ما فى بطنها وهو قولهُ فى « الموَّازية » .

والثالث : أنَّهُ يُفسخ ما لم يُؤد نجمًا أو قدرًا منها كما قال محمد فى تلك المسألة .

فإن عثر على ذلك بعد الأداء فإنَّ الكتابة تمضى وعتقهم نافذ .

ومَن أدى منهم شيئًا عن أصحابه [رجع] (٢) عليهم بهِ كالحمالة بالكتابة إذا فاتت بالأداء ، فإنَّ الكفيل يرجع على المكاتب بما أدى .

وأمَّا الوجه الثالث : فى العبيد إذا كانوا بين أشراك فكاتبوهم جميعًا كتابةً واحدة . هل تجوز الكتابة أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فالمذهب على قولين ؟

أحدهـما : أنَّ الكتابة لا تجوز لأنَّ كلَّ عبدٍ تحمل لغير سيِّده بحصتَّه فى كل عبد ، فهى كتابة منتقضة إلا أن تسقط حمالة بعضهم [عن بعض] (١) فتـجوز [و] (٢) على كُلِّ واحد بقدر ما يلزمـهُ مِن الكتابة يوم عقدت وهو قول أشهب فى « الموَّازية » .

والثانى : أنَّ الكتابة جائزة لأنَّ لكلٍّ واحدٍ من الأشراك سهم معلوم فى كُلِّ عبد . وإنما يقبض كُلُّ واحدٍ [منهم] (٣) عن سهمهِ لا غير ولم يقبض أحدهم عن غير ملكه شيئًا وهو قول أحمد بن ميسر فى « الموَّازية » .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

المسألة السادسة

فى المُكاتب هل يجوز لهُ أن يعجز نفسهُ أم لا ؟

ولا يخلو تعجيز المكاتب مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا أن يكون بتواطئهِ مع السيِّد .

أو بإرادة المكاتب منفردًا .

أو بإرادة السيد متحدًا .

فإن كان بتواطئهِ مع السيِّد فلا يخلو مِن أن يكون لهُ مالٌ ظاهر [أم لا؟ فإن كان له مال ظاهر] (١) أو قوة على السعى ، **فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلها قائمة مِن « المُدوَّنة »** .

أحدها : أنَّ لهُ أن يعجز نفسهُ جُملةً .

والثانى : عكسهُ .

والقولان عن مالك فيما رواه ابن القاسم وابن نافع فى « العُتبيَّة » .

والثالث : بالتفصيل بين المال والقوة فيكون العجز مع القوة لا مع المال وهو قول ابن الموَّاز .

وسبب الخلاف : هل يغلب حقِّهما [فى الكتابة] (٢) على حقِّ اللَّه تعالى فيكون العجز لهما دون السُلطان أو يغلب حقِّ الله لما يُرجى لهُ مِن الحُرِّية ثُمَّ لا يجوز ؟

فإن لم يكُن لهُ مالٌ ظاهر فهل لهم العجز دون السُلطان أم لا ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

قولان قائمان مِن « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّ [له] (١) العجز دون السُلطان وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ لا يعجزهُ إلا السُّلطان وهو قول سحنون .

والقولان فى « العُتبِيَّة » .

وسـبب الخـلاف : هل يُتهمـان بالمواطأة على إبطال حقِّ الله تعالى فى العتق ؟

فمن اتَّهمها قال : لا بُدَّ مِـن السلطان فإنَّهُ مُتولى البحث والكشف عن مثلِ ذلك .

فإن انفرد السـيِّد بإرادة العجز ونابا العـبد أو انفرد بهِ العبـد دون السيِّد قولان فى كل فصل فى « الكتاب » .

وسبب الخلاف : هل المُغلب فى الكتابة حق العبد أو حقِّ السيد ؟

والحمدُ للَّهِ وحده .

---

(١) فى أ : لهما .

المسألة السابعة

إذا قاطعه سيده على مال ثُمَّ استحقَّ ذلك المال .

وقد اختلفت أجوبة الكتاب فى ذلك على ما قال ابن القاسم وأشهب وابن نافع والرواة. ونصُّ « [ما فى] (١) المُدوَّنة » : وإذا أدى المُكاتب كتابتهُ إلى سيده وعليهِ ديْن فقام الغُرماء فأرادوا أن يأخذوا مِن السيِّد ما اقتضى .

فقال ابن القاسم : إن كان يعلم أنَّهُ مِن أموالهم [أخذوه وإن لم يعلم أنه من أموالهم] (٢) لم يرجعوا على السيِّد .

وقال ابن القاسم : فإن أخذوا ذلك منهُ ردَّ المكاتب إلى الرق .

وقال ابن نافع وأشهب : إذا قاطع السيد مما بقى مِن الكتابة فاعترف بسرقة فإنَّهُ يرجع على المكاتب بقيمة ما أخذ منهُ .

قال ابن نافع : « وهذا إذا كان لهُ مال فإن لم يكن له مال رد مكاتبًا .

وقال أشهب : لا يُرد ويتبع لأنَّهُ كان عتيقًا بالقطاعة وثبتت خدمته وجازت شهادتهُ .

ثُمَّ قال أشهب وابن نافع فى المكاتب يُقاطع سيدهُ على شىءٍ استرفعهُ واستودعهُ فيُؤخذ بملك فلا يُؤخذ الحق بالباطل [أى لا يعتق] (٣) .

وقال بعض الرواة : ما كان فيه شبهة ملك مضى عتقُهُ ويُتبع بقيمة ذلك، وما لم تكن فيه شبهة ملك ردَّ مكاتبًا .

وهذا ما قيل فى « المُدونَّة » بجُملتهِ وتحصيلهُ تفصيلاً أن تقول : لا

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

يخلو المُكاتب مِن أن يكون مُوسرًا أو مُعسرًا :

فإن كان مُوسرًا غرم للسيِّد مثل ما أخذ منهُ أو قيمتهُ إن كان ممَّا يرجع إلى القيمة ومضى عتقهِ وسواءٌ تقدمت فيه شبهة ملك أم لا ، ولا خلاف فى ذلك .

فإن كان مُعسرًا فالذى فى الكتاب يتخرّج على أربعة أقوال :

أحدها: أنَّ عقتهُ مردود جُملةً وهو قول مالك فى أول الباب إذا علم أن ذلك مِن أموالهم أو ما تولَّد من عين أموالهم على الخلاف فى هذا الوجه.

والثانى : أن عتقهُ ماضٍ ولا يُرد ويتبع لأنَّهُ كان عتيقًا بالقطاعة وتمَّت حُرمتهُ وجازت شهادتهُ وهو قول أشهب فى « الكتاب » .

والثالث : التفصيل بين ما تقدَّمت فيه شُبهة مِلك فيمضى عتقهُ [فيه][1] ويُتبع بقيمتهِ ذلك ، وما لم يتقدَّم لهُ فيهِ شبهَة مِلك فيردُّ السيِّد عتقهُ [فيه][2]، وهو قول الرواة فى « المُدوَّنة » وهو ظاهر قول أشهب وابن نافع فى المكاتب الذى يقاطع على وديعة حيثُ قال : لا يُؤخذُ الحقُّ بالباطل .

والقول الرابع : بالتفصيل [ق /١٩٦ج] بين أن يطُول الزمان أو يقصر :

فإن كان ذلك [بعد طول الزمان وجازت شهادته ووارث الأحرار فعتقه ماضٍ ولا يرد وإن كان ذلك] [3] بالقُرب فإنَّ عتقهُ يرد وهو قول مالك فى الأب إذا أعتق عبد ابنهِ الصغير ولا مال للأب .

فإن عتقهُ يرد إلا أن يطول الزمان وجازت شهادتهُ ووارث الأحرار .

وعلى القول بأنَّ عتقهُ مردود هل يُرد إلى رق أو إلى حرية ؟ فالمذهب

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

على ثلاثة أقوال كُلّها مُستقرأة مِن « الكتاب » :

أحدها : أنَّهُ يرد إلى الرق لا إلى الكتابة وهو ظاهر قول ابن القاسم فى الكتابة .

والثانى : أنَّهُ يُرد إلى كتابة ، وهو (ق / ٢٢٣ أ) قول الرواة .

والثالث : التفصيل بين أن يرجى لهُ مال ، فيُرد [إلى الكتابة] (١) أو لا يرجى لهُ مال فيُرد إلى الرق وهو اختيار أبى الحسن اللخمى .

وسبب الخلاف : هل العتق لأجل ما أداهُ المُكاتب أو يحمل على أنه مِن السيد ؟

فمن رأى أنَّ أداء الكتابة يوجب العتق لأنَّ السيِّد هو المُعتق .

فإذا استحقَّ ما دفع [كشف] (٢) الغيبُ [أنه] (٣) لم يُعتق ويجب على هذا أن [يستبرئ] (٤) مالهُ فيه شبهة ملك وما سرقهُ .

وإن عد ذلك كالعتق مِن السيِّد كان ينبغى أن يمضى عتقهُ على كُلِّ حال سواءٌ سرق ذلك أو كان له فيه شبهة مِلك لأنَّ العتق [فرط] (٥) مِن السيِّد فلا يقدر على ردِّه .

والتفريق بين مَن تعدَّى ومَنْ لهُ فيه شبهة مِلك ضربٌ مِن الاستحسان .

والله أعلم .

والحمد لله .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : انكشف .

(٣) فى : إذا .

(٤) فى أ : يستوى .

(٥) فى هـ : سبق .

المسألة الثامنة

إذا وطئ السيد مُكاتبتهُ .

[وفى هذه المسألة] (١) **أربعة أسئلة :**

الأول : إذا وطىء السيد مُكاتبتهُ .

الثـانى : فيما إذا وطئ السـيد مُكاتبة [مكاتبه] (٢) ، [هل يدرأ عـنه الحد ؟] (٣) .

الثالث : إذا وطئ السيِّد أمة مُكاتبه [فحملت] (٤) .

والرابع : فى المُكاتب إذا وطئ مكاتبتهُ .

فالجـواب عن السؤال الأول : إذا وطىء السيد مكاتبتهُ . فلا يخلو مِن أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فـإن كانت حـائلاً ولم تحمل مِن وطئـهِ فإنَّـها تسـتمـر على كتـابتهـا [ق/ ٨٦هـ] ثُمَّ لا تخـلـو مِن أن يكون السـيـد أكـرهـهـا عـلى الوطئ أو طاوعتهُ :

فإن أكرهها على نفسها فلا تخلو مِن أن تكون بكرًا أو ثيِّبًا :

فإن كانت بكرًا فعليهِ ما نقصها .

وإن كانت ثيِّبًـا فهل يغرم بالنقص شـيئًا أم لا ؟ **فـالمذهب على قـولين قائمين مِن « المُدوَّنة » :**

---

(١) فى هـ : وفى هذا الباب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

(٤) سقط من هـ .

أحدهما : أنَّهُ يغرم قيمة ما نقصها وهو قولهُ فى كتاب الرهون .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليهِ .

وإن طاوعتهُ هل عليه [للنقص] (١) شىءٌ أم لا ؟

وينبنى الخلاف على الخلاف فى المُكاتب هل لهُ أن يُعجز نفسهُ أم لا ؟

وإن كان لهُ مال ظاهر أم لا ؟

فإن كانت حاملاً فهى مُخيَّرة بين أن تعـجز نفسها وتكون على حُكم أم الولد ، أو تستمر على كتابتها .

فإن أدَّت عُتقت .

وإن عجزت صارت أم ولد .

واختلف فى نفقتها إذا اختارت المضى على كتابتها على قولين :

أحـدهمـا : أنَّ نفقتها على السيِّـد ما دامت حاملاً وهو قول مالك فى «كتاب ابن سحنون » .

والثانى : أنَّ نفـقتها على نفسـها ولا شىء لها على سيِّـدها وهو قول أصبغ فى « كتاب ابن حبيب » .

وفى « المُدوَّنة » فى هذه المسألة أقاويل خارجة [عن المذهب : أحدها: أنها إن حملت بطلت كتابتها وتكون أم ولد . وهو قول سعيد بن المسيب . وحجته أنها أم ولد] (٢) .

لا خدمـة [له] (٣) فيهـا ولا غلة [و] (٤) فى استدامتهـا فى الكتابة

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

إخراج لأُمِّ الولد عن حكمها [فبطلت وبقيت أُم ولد .

والثانى : أنَّها تبقى مكاتبة فإن عجزت كانت أُم ولد .

وحجته : أنَّ أُم الولد] (١) لم يُتفق على منع خدمتها وإن لم يتقدَّم فيها كتابة [قط] (٢) ، والمكاتبة متفق على منع وطئها .

وإذا لم يكن بُد مِن أحد الأمرين إمَّا بُطلان الكتابة أو بقاؤها عليها كان بقاؤها أفضل لأنَّ بطلانها يُؤدى إلى وطءٍ قد حُرِّم باتفاق .

وبقاؤها على الكتــابة لا يُؤدى [إلى استباحة] (٣) ما اتفق علــى منعهِ فكان بالحُكم أولى وهو قول النخعى .

والثالث : بالتفصيل بين أن يكون قد أكرهها أو قد طاوعتهُ :

فإن أكرهها ، فهى حُرَّة ، [وإن طاوعته فــهى أمة لا كتابة فيها يريد أم ولد وهو قول ربيعة وهو أحسن ما قيل فيها] (٤) وذلك أنَّها إذا لم تُطاوعهُ فهى لم ترض بالعجز بعد . فلمَّا حملت لم يكن سبيل إلى استخدامها لأنَّ ذلك خلاف سُنَّــة أم الولد ولا إلى وطئها للــحظر المُتقدم ولم تعــجز ، فلم يبق إلا أنَّها أُم ولد حرم الاستمتاع بها فوجب عتقُها .

وإذا رضيت بالوطء كأنَّها رضيت بالــعجز إذ الحمل غالبًا يأتى [عن](٥) الوطء .

فالجواب عن السـؤال الثانى : إذا وطئ مكاتبة مكاتــبه ، فإنَّهُ يُدرأ عنهُ الحد ويلــحق بهِ الولد ، وتُخــيَّر الأمة بين أن تعــجز نفسها وتــكون أُم ولد

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : على .

للواطئ أو تبقى على كتابتها .

فإن أعجزت نفسها فإنَّها تكون أُم ولد للواطئ ويغرم قيمتها [للمكاتب] (١) يوم الوطء ولا شيء عليهِ فى الولد وهذا قول ابن القاسم فى « العتُبيَّة » .

واختُلف هل [يقاصصه] (٢) السيد بتلك [القيمة] (٣) **فى الكتابة التى عليهِ ؟**

على قولين : [فإن اختارت البقاء على الكتابة هل تؤخذ القيمة من السيد الواطئ فتوقف أو لا تؤخذ منه على قولين] (٤) :

أحدهما : أنَّ القيمة تُؤخذ منهُ فتوقف مخافة العجز فترجع تكون أُم ولد بلا قيمة . وهو قول ابن القاسم فى « العتُبيَّة » و « الموَّازية » .

والثانى : أنَّ القيمة لا تُؤخذ مِن الواطىء حتى تعجز ، فإذا عجزت كُلِّف القيمة وهو قول ابن الموّاز .

واختلف على هذا القول متى تقوّم ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنَّها تقوّم عليهِ بقيمتها يوم الوطء وهو قول ابن القاسم وبهِ قال ابن الموَّاز .

والثانى : أنها تقوم عليه بقيمتها يوم العجز وهو قول أصبغ .

وهل تقوم بولدها أم لا ؟ قولان لأصبغ .

وعلى القول بأنَّها القيمة توقف فلا تخلو حالة المُكاتبة مِن ثلاثة

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : يقاصه .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

[أوجه][١] :

إمَّا أن تعجز .

وإمَّا أن تُؤدى .

وإمَّا أن تموت قبل العجز وقبل الأداء .

فإن أدت عتقت وأخذ الواطئ القيمة التى وقفت .

وإن عجزت كانت القيمة لـسيِّدها المكاتب و [تكون] [٢] هى أُم ولـد للواطئ .

وقال فى « العُتبيَّة » : ولم يكن عليهِ فى ولدها شىء .

فإن ماتت قبل الأداء لمن تكُـون القيمة [الموقوفة] [٣] ؟ **فالمذهـب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّها تكون لسيِّدها المُكاتب إذ لا ضرر عليهِ فى هذا [٤] [وهو قول ابن القاسم فى « الموَّازية » .

والثانى : أنَّها تُرد إلى السيِّد الواطئ ولا شىء فيها لسيِّدها المُكاتب لأنَّ الحمل لم يضـرُّهُ وقد ماتت فى كتابتـها مِن غير حمل وهو قـول أصبغ فى «كتاب محمد » .

والثـالث : أنَّهُ يُؤخذ مِن القيمة الموقوفة قـيمة الولد ويدفع إلى المُكاتب ويؤدى باقى القيمة إلى الواطئ وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والجواب عن السؤال الثالث : إذا وطئ السيِّد أمة مكاتبه فحملت .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الموقفة .

(٤) بداية سقط من ب ينتهى عند نهاية المسألة العاشرة .

فلا يخلو مِن أن يكون مُوسرًا بقيمتها أو مُعسرًا :

فإن كان مُوسرًا فالقيمة تلزم السيِّد . وهل يقابض بهِ المُكاتب ويتعجَّل عتقهُ أو يأخذها ويُؤديها على النجوم ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّهُ يقابضه بها ويخرج المكاتب حُرًا إن كانت القيمة مِثل الكتابة ويُتبع السيد بالفضل إن كانت أكثر وهو قول ابن القاسم فى كتاب «ابن المواز» .

والثانى : أنَّ المكاتب يقبض القيمة ويُؤديها على النجوم وهو قول ابن الموَّاز وسحنون فى « كتاب ابنه » .

فإن لم يكن للسيِّد مال يبعث عليهِ كتابة مكاتبهِ ويكون المكاتب أولى بما يُمنع مِن ذلك وهو قول أحمد بن ميسر .

فإن ساوت قيمة الكتابة قيمة الأمة خرج حرًا إن كان هو المشترى لها .

فإن ساوى مِثل نصف قيمة الأمة **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ المكاتب يأخذ ذلك القدر ويُبقى نصف الأمة للمكاتب رقيقًا ونصفها للسيِّد على حساب أم الولد ويتبع المكاتب السيِّد بنصف قيمة الولد ، وهو قول ابن الموَّاز .

والثانى : أنَّهُ إن كان فى قيمة الكتابة وفَّى بقيمتها عتق المُكاتب وإن لم يفِ بقيمتها بقيت أمة للمكاتب ويتبع سيدهُ بقيمة ولدِهِ وهو قول أشهب فى « المَوَّازية » .

والجواب عن الوجه الرابع : فى المكاتب إذا وطئ مُكاتبتهُ فحملت منهُ . فلا خيار لها فى تعجيز نفسها .

فإن أدت خرجت مع ولدها أحرارًا .

وإن أدى هو قبلها فولدهُ يخرج معهُ ولها أن تُعجز نفسها .

فإن مات فى [ق / ١٢١ ع] كتابتِه قبـل خروجها وترك مالاً فيه وفاء بكتابتِه خرجت هى حُرَّة وولدها .

ولو قوى الولد فعل عتقها سعى مع أقربهما عتقًا فيُعتق بقيتهُ .

ولو كان معهُ ما يُؤدى عن أبويهِ أخذ مِن مالهِ ما يُؤدى عنهما وعتق .

وإن ماتت أولاً وتـركت مالاً أخذ من مـالها بقية الـكتابة وعتـق ولدها وورث ما بقى .

وإن لم يكـن فيه وفاء فللـولد أخذه والسعـاية فيهِ وكذلك لـو لم يدع شيئًا .

فإن أدوا عنه عُتقوا .

وإن عجزوا كانوا فى كتابة أبيهم . [والحمد لله وحده] (١) .

---

(١) زيادة من جـ ، ع .

المسألة التاسعة

فى كتابة بعض العبد .

ولا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن يُكاتب بعض عبدٍ ملك جميعهُ فلا خلاف فى المذهب أنَّ ذلك لا يجوز ، وتُردُّ فيه الكتابة .

واختلف إذا فات الأداء على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يكون رقيقًا لسيِّدهِ ولا يُعتق منهُ شىء وهو قولهُ فى «المُدوَّنة » .

والثانى : أن السيِّد يحلف ما كان يعلم أنَّهُ يُعتق عليهِ إذا أدى فإن حلف لم يستتم عليهِ .

فإن نَكَلَ يستتم عليه ، وهو قولهُ فى « المبسوط » فى العبد بين الشريكين إذا كاتبه أحدهما نصيبه .

فإن كان عبدًا بينهُ وبين غيرهِ ، فلا يخلو مِن أن يُكاتب شريكه حصَّتهُ أو يتماسك بها .

فإن تماسك بها فإنَّ ذلك لا يجوز اتفاقًا لأنَّ ذلك يصير إلى عتق النصيب بغير تقويم مع ما فى ذلك [من] (١) المخاطرة .

لأنَّ أحدهما يأخذ بخراج والآخر يأخذ بنجوم .

واختلف فيه إذا نزل هل تُفسخ الكتابة أم لا ؟ **على قولين :**

أحدهما : أنَّ الكتابة تسقط ويُؤدى عليهِ جميع ما أخذا منهُ ويكون جميعهُ رقيقًا وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

---

(١) فى أ : فى .

والثـانى : أنَّ السيِّد يحلف أنَّهُ كان يعـلم أنَّهُ يُعتق عليهِ إذا أدى ، فإن حلف لم يقوم علـيهِ بقيتهُ وهو قولهُ فى « المبسـوط » . وظاهر قوله أنَّهُ لا يرد عتق ذلك النصيب لأنَّهُ لم يقُل : إذا حلف رقّ الذى أدَّى ، وإنما قال : « لم يقوم » .

وعلى القول بأنَّ الكـتابة تسقط ويكون جميعهُ رقيـقًا ، فإنَّهُ يرد ما أخذ فيكون بينهُ وبـين شريكه مع رقبةِ العبد ، وسواءٌ قبض الكـتابة أو بعضها ، وقال غيره فى « المُدوَّنة » : إنَّما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قيمتهِ .

ومَن دعى إلى رده إلى العبد . فذلك لهُ إذ لا يُنـتزع مالهُ حتى يجتمعا عليهِ .

فإن كاتب الشريك حصَّتهُ فلا يخلو مِن خمسة أوجه :

أحدها : أن يتفقا فى العقد والنجوم والعدد .

والثانى : أن يختلفا فى العقد والنجوم والعدد .

والثالث : أن يتحد العقد ويشترط أن يختلف العدد أو النجوم .

والرابع : أن يختلف العقد ويتَّفقا فى العدد والنجوم .

والخامس:أن يختلفا ويختلف نوع المال الذى كاتباهُ عليهِ [ق/ ١٩٧جـ].

فـالجواب عـن الوجـه الأول : إذا اتفقا فـى العقد والنجـوم والعدد فلا خلاف فى الجواز ويكـون اقتضاؤهما (ق / ٢٢٤ أ) واحدًا علـى الشركة ولا إشكال فى ذلك .

والجواب عن الوجـه الثانى : إذا اختلف العقد واختلف العدد والنجوم مِثل أن يُكاتبهُ أحدهما علَى مائة والآخر على مائتين وكلاهما إلى سنة ، أو كَاتباهُ على مائة أو أحدهما إلـى سنة والآخر إلى سنتين فلا خلاف أنَّ ذلك لا يجوز ابتداءً .

فإن نزل فإنَّهُ يرد النظر إلى العبد أو إلى أحد السيدين .

فإن رضى العبد أن يُلحق الأدنى بالأعلى أو يرضى صاحب الأكثر أن يحط عن العبدى ذلك الفضل حتى يتساوى مع صاحب القليل أو يرضى صاحب المدة القريبة أن يتساوى مع صاحب المدة البعيدة فى الاقتضاء أو برضا العبد أن يجعل نجومهُ لصاحب المُدَّة البعيدة فى الاقتضاء حتى يساويهِ مع صاحب المدة القريبة فى الأقصى فإنَّ الكتابة ثابتة جائزة .

فإن أنهى ذلك فمشهور المذهب أنَّ الكتابة باطلة ما لم يفت بالأداء .
[**والجواب عن الوجه الثالث** : إذا اتحد العقد واشترط أن يختلفا العدد . فالكتابة جائزة والشرط باطل] (١) .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا اختلف العقد ، ويتقفان فى العدد والنجوم فهل تُفسخ الكِتابة أم لا ؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى «المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّ الكتابة تفسخ إلا أن يتراضيا [بالتساوى] (٢) وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّ الكتابة جائزة يريد ويسقط الشرط . وهو قول الغير . ويكون القضاء بينهما واحدًا .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا اختلف العقد ويختلف نوع المال الذى كاتباه مِثل : أن يُكاتبهُ أحدهما على دنانير ويُكاتبه الآخر على عروض فالكتابَة بينهما مفسوخة قبل الأداء وبعده إلا أن يرضى السيِّد أن تكون الدنانير والعروض شركة بينهما وتصحُّ الكتابة .

والحمد للَّه وحده .

---

(١) سقط من أ ، هـ .

(٢) فى أ ، هـ : إن تساويا .

المسألة العاشرة

فى الذى يُكاتب عبده وعلى السيِّد ديْن ، وقد جنى العبد جناية .

فلا يخلو المكاتب مِن أن يكون قادرًا على أداء جميع ذلك أو يعجز عن بعضه :

فإن كان قادرًا على أداء جـميع الدَّين والجناية والكتابة فـإنَّهُ يمضى على كتابتهِ .

فإن أدَّى الدَّين الذى على السيِّد فهل له أن يحاسبه به مِن نجومهِ أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يُحاسبه بهِ إذ لا ضرر فى ذلك على سيِّدهِ ، إذ لو عجَّل لهُ الكتابة لأدى . إذ قال : لم يكُن لهُ الكتاب . وإلى هذا ذهب الشيخ أبو إسحاق التونسى .

والـثانـى : أنَّهُ لا يُحاسبه بهِ وهو ظاهـر قول مالك فى « المُدوَّنة » لأنَّهُ قال : إذا قال الـعبد : أنا أؤدى الذى مِن أجـله تردنى والحماسـة . وأبقى على كتابتى. كان ذلك له. وظاهر هذا الكلام أنَّهُ لا يُحاسب السيِّد بذلك. ومفهوم مِن فـحوى الكلام أنَّ الدين التزم أداءه كـالتزامهِ للكتابـة فكأنَّهُ مِن جملتها .

وأمَّا الجناية التـى جناها العبد فهل يحاسب بـها السيد إذا أداها أم لا ؟

فالمذهب يتخرج على قولين :

أحدهـما : أنَّهُ لا يُحاسبه بها ، وهو ظـاهر « المُدوَّنة » ، وهو مشهور المذهب .

والثاني : أنَّهُ لا يُحاسبه بها . قال بعض المتأخرين وهو أشبه في النظر. قال : وبيان ذلك أنَّهُ إذا جنى جناية تُساوى عشرة وقيمته عشرون وكُوتب بثلاثين » ، فقال للسيد : أنا أؤدى عشرة الجناية وتبقى عليَّ مِن كتابتى عشرون ، لأنِّى لو لم أؤد الجناية جبرت على دفعى فى الجناية إذا افتدى بعشرة ، فلا حُجَّة لك فى الامتناع مِن أن يُحاسب بعشرة مِن الكتابة فى الجناية ، إذ لا ضرر عليهِ فى هذا] (١) .

ويُعارضه على هذا التقدي أن يُقال : إن الجناية كان أصلها مِن العبد لم يجب على السيِّد أن يقاص من الكتابة منها ، ومِن حجَّتهُ أن يقول : إنَّما كاتبتُهُ على أن تحملها . أو يقول : ظننت أن المجنى عليهِ يتبعهُ بذلك دينًا كالمعتق ، ويُقبل قولهُ فى ذلك إذا ادّعاهُ .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من هـ . وهذا السقط بدأ من منتصف المسألة الثامنة .

المسألة الحادية عشرة

فى الرهن فى الكتابة .

ولا يخلو الرهن فى الكتابة من وجهين :

أحدهما : أن يكون فى عقد الكتابة .

والثانى : أن يكون بعد العقد .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كان الرهنُ فى عقد الكتابة والسيِّد حى لم يمُت ولم يُفلس فلهُ حُكم الرهن اتفاقًا فى القيام والفوات .

وإن مات السيِّد أو فلس فهل يخرج عن حكم الرهن ويعدُّ ذلك [منه][1] انتزاعًا ؟ **فالمذهب على قولين منصوصين فى « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّ ذلك انتزاع وليس لهُ حُكم الرهن ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّ لهُ حكم الرهن ، وهو قول غيره .

وسبب الخلاف : مُعاملة السيد عبدهُ فى المعاوضات هل هى مُعاملة صحيحة أم لا ؟

فعلى قوله فى هذه المسألة أنَّ الربا جائز بين العبد وسيِّدهِ ، وإن سمَّى ذلك سلفًا أو بيعًا وهو انتزاع معنوى على ما يقول ابن القاسم .

لأنَّ السيد إن ردَّ على العبد أكثر ممَّا أخذ منهُ فالزيادة [ق / ١٢٢ ع] منهُ هبة للعبد وليس بزيادة فى السلف .

وعلى ما قال فى « كتاب الصرف » أنَّ الربا يجرى بين العبد وسيدهِ

---

(١) سقط من أ .

كالأجنبى .

ومن حكم فيهِ بأنَّـهُ انتزاع فلا يرى فيهِ حقًا للمكـاتب لا مع القيام ولا مع الفوات .

ومَن حكم فـيه بحكم الرهن قال : فـإن المكاتب يكون أحق بعـينه فى القيام وهو فى الفوات أسوة الغرماء .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كان الرهن بعد العقد مِثل أن يحل عليه نجم فطلب التأخير على رهن يضعهُ . فالاتفاق فى هذا الوجه أنَّ ذلك ليس بانتزاع وأن [له حكم] [١] الرهن مع القيام عاش العبدُ أو مات .

فإن ضـاع الرهن عنـد السيِّد ولـم يعلـم إلا بدعواه فلا يـخلو السـيد [من][٢] أن يكون مديانًا أو غير مديان :

فإن كان مـديانًا ، فللـمكاتب محـاصة الغرماء بـقيمة الرهـن فى مال السيِّد. ثُمَّ ينظر إلى ما نابه فى المحاصة .

فإن كان مقدار ما بقى عليه مِن الكتابة عتق واتبع ذمة السيد بما بقى مِن قيمةِ رهنه .

فإن كان الذى نابه فى [الحصاص] [٣] أقل مما عليهِ فى الكتابة وأكثر ممَّا عليهِ مِـن النجوم فليحـسب ذلك بما حل ثُمَّ مِن الـنجوم التى تليـهِ فيأخذهُ الغرماء ثُمَّ تُباع لهم بقية الكتابة فى بقية دينهم .

فإن أدَّى المكاتب لمشترى الكتابة عُتق ويكون ولاؤه لعاقدها .

وإن عجز رق لمشترى الكـتابة ويُتبع السيد بما بقى لهُ مِـن قيمةِ رهنه فى

(١) فى أ : للحكم .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى أ : الحصص .

الوجهين جميعًا .

وأمَّا إن كان السيِّد ليس بمديان فهل يُقاصصهُ المكاتب فى الكتابة بقيمته أو تُؤخذ القيمة مِن السيد ، فتوقف ؟ **قولان منصوصان فى « المُدوّنة »** :

أحدهما: أنَّهما يتقاصان بهما جُملةً [بلا] (١) تفصيل .

فإن تساوت القيمة والكتابة عتق .

وإن نافت [قيمتهُ] (٢) على الكتابة اتبع السيد .

وإن قصرت عن الكتابة قوصص بها علـى النجوم ويسعى المُكاتب فيما بقى وهو قول ابن القاسم فى « الكتاب » .

ووجهُهُ : [أن] (٣) الرهن لما جُهل أمره ولا يدرى هل [تلفه] (٤) بتعد مِن السيد فيكون الحُكم أن تُؤخذ القيمة منهُ وتُوقف .

فإن أتى المُكاتب برهن ثقة أخذها كما قال فى « كتاب الرهون » أو كان هلاكُه بغيرِ سببهِ ولا بتعد منه فيسـقط الضمان عن السيد ويكون التلف من الراهن فلمَّا كـان الأمر هكذا توسط فيهِ بالضـمان ويُحكم [له] (٥) فـيـهِ بالقصاص فى الحال ، والتوسط سوق الاعتدال .

والقول الـثانى : بالتفصيل بين أن يتهم الـسيِّد بالعداء على الرهن أو لا يتهم .

فإن اتُّهم بالعداء أُخذت منهُ القيمة ووقِّفت وتُؤدى على النجوم .

---

(١) فى هـ : من غير .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : بيعه .

(٥) سقط من أ .

فإن أتى المُـكاتب برهن ثـقة أخذ القيـمة لنفـسهِ ويُؤدى المُكاتـب على نجومها .

فإن لم يتهم بالعداء عليه فلا تخلو الكتابة مِن أن تكون عينًا أو عرضًا:

فإن كانت الكتابة دنانير والقـيمة دنانير كانت قصاصًا [بما] (١) علـى المكاتب ، لأن وقفُها يؤول إلى ضرر وخطر وغرر .

فإن كانت الكتـابة عروضًا وطعامًا والقيمة عيـنًا ، فإن رجى رخص ما عليه حتى يشتريه باليسير مِن الثمن [أوقفت القيمة] (٢) .

فإن لم يُرج ذلك قوصص بها فى قيمة ما عليهِ مِن العروض فى الحال، وهو قول أشهب فى « المُدوّنة » .

ووجهـهُ : أنَّ القيمـة [قد وجبت] (٣) على السيِّد بهلاك الرهن فكان القصاص بها أولى مِن الإيقاف [المعرض] (٤) للإتلاف إذ بها يحصُل للعبد العتق المُتبغى وينالُ بها السيِّد الثواب المُرتجى .

حتى إذا ظهرت دلائل الـتهمة ، ولاحت أمارة الظنَّة بالـعداء مِن السيد كان إيقافُ القيمة أوْلى لئلا يصل السيد بتعديه إلى ما لا يُريد ، لاحتمال أن يقصد بذلك استعجال الكتابة قبل محلها فيُعاقب بنقيض مقصودهِ .

والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : واجبة .

(٤) فى أ ، جـ : المتعرض وفى ع : المترضى .

المسألة الثانية عشرة

شراء المُكاتب مَن يعتق على الحر بالمِلك إذا ملكه .

ولا يخلو شراؤهُ مِن وجهين :

إمَّا أن يشتريه بغير إذن سيِّدِه .

[**والثانى** : أن] (١) يشتريهِ بإذنهِ .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اشتراهُ بغير إذنهِ هل يدخل فى الكتابة أم لا ؟ **قولان قائمان من « المُدوّنة »** :

أحـدهمـا : أنَّهُ لا يدخل معهُ فى الكتابة ولـهُ أن يتبعهُ إذا خشى العجز وهو قولُ مالك فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ يدخُل معهُ ويكون لهُ حُكم مَنْ انعقدت عليهِ الكتابة وهذا القول يُستقرأ مِن « المُدوَّنة » .

وينبـنى الخلاف علـى الخلاف : فى المكاتب هل لهُ أن يُـعجز نفسهُ مع القُدرة على الأداء أو لا يجوز لهُ ؟

فمن رأى أنَّ لهُ أن يُعجز نفسهُ قال : يدخُل معهُ .

ومن رأى أنَّهُ لـيس لهُ أن يُعجِّز نـفسهُ قال : لا يدخُل مـعهُ لأنَّ شراءهُ تعطيل لماله عن التَّنمية التى يحصل بها الأداء والعتق .

والجواب عن الوجـه الثانى : إذا اشتراهُ بإذن سيدهِ هـل يدخُل معهُ فى الكتابة أو لا ؟ **قولان قائمان من « المُدونة »** :

أحدهما : أنَّهُ يدخُل معهُ وهو نصُّ « المُدوَّنة » .

---

(١) فى أ : أو .

والثاني : أنَّهُ لا يدخُل معهُ [ق / ٨٧هـ] ، وهو مُستقرأ مِن «المُدونة» .

وسبب الخلاف : هل يجوز اتفاق السيد والمُكاتب على عجزهِ مع القُدرة على الأداء أم لا ؟

فمن رأى أنَّهُ يجوز لهُ عجزهُ مع اتفاقهما قال : يدخُل معهُ .

ومن رأى أنَّهُ لا يجوز أن يتَّفقا على ذلك قال : لا يدخل معهُ لأنَّ (ق / ٢٢٥ أ) ذلك [داعٍ] (١) إلى عجزهِ .

وعلى القول بأنَّهُ يدخل معه مِن [الذى يدخل معه من] (٢) قرابتهِ ؟

فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة مِن « المُدوَّنة » :

أحدها : أنَّهُ يدخل معهُ كُل مَنْ كان يعتق على الحر بالملك إذا ملكهُ ، ويدخُل فى ذلك الأخوة ، وهو قول مالك فى « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يدخل معهُ إلا الأبوة والبنوَّة خاصة ، وهو قول أشهب فى « المُدوَّنة» ومثلهُ لابن القاسم فى « الموَّازية » .

والثالث : أنَّه لا يدخل إلا الولد خاصة بإذن سيِّده إذ لهُ أن [يستلحقه](٣) ، وهو قول ابن نافع فى « المُدوَّنة » .

والرابع : أنَّهُ يدخل معهُ الولد وإن اشتراهُ بغير إذن سيِّدهِ وهو قول ابن نافع فى غير « كتاب محمد » ، على قول أبى محمد فى « النوادر » ، وهو ظاهر تعليل ابن نافع فى « الكتاب » حيث قال : إن له أن يستحدثهُ واستحداثهُ لا اختيار فيهِ للسيد فينبغى أن يكون الشراء كذلك .

---

(١) فى ع ، هـ : داعية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، جـ : يستحدثه .

وسبب الخلاف : بين القولين الأولين اختلاف العلماء فيمن يعتق على الحر بالملك .

فأشهب راعى ما وقع عليهِ [ق / ١٩٨ جـ] الإجماع فى الحر .

ومالك راعى مشهور مذهبهِ فى عتق الأخوة ، فاطَّرد ذلك فى المكاتب.

وأمَّا الابن فسـببُ الخلاف فيهِ ما قدَّمـناهُ فى المكاتب هـل يجوز لهُ أن يعجز نفسهُ وإن كان لهُ مال ظاهر ؟

فمن رأى ذلك لم يُفرق بين الولد وغيرهِ .

ومَنْ منع فقد فرق بين الولد وغيره للعلة التى ذكرها ابن نافع .

وهذا كُلَّهُ إذا لم يكن على المكاتب ديْن .

وأمَّا إن كان عليـهِ ديْن فلا [يجوز] (١) شراؤهُ مِن أن يعتـق عليهِ إلا بإذن الغرماء .

والحمد للَّه وحده .

---

(١) فى أ : يخلو .

المسألة الثالثة عشرة

فى عتق السيِّد أحد المكاتبين .

ولا يخلو المعتق مِن [أحد] (١) **وجهين :**

أحدهما : أن يكون لهُ قوة .

والثانى : أن يكون ممن لا قُوَّة لهُ إمَّا لزمانة طرأت عليه بعد الكتابة ، أو لكونهِ صغيرًا لا حرفة لهُ ولا قوة [فإن كان لاً قوة] (٢) لهُ فى الحال ويقوى فى أثناء الكتابة فهو كالصحيح المستوى .

فإن كان أمرَ الكتابة ينقضى قبل أن يبلغ السعى ، فهو كالزمن ، وقد تقدَّم الكلام عليهِ فى باب « توظيف الكتابة » .

فإن كان مِمن لا قوة لهُ على السعى ، لا فى الحال ولا فى المآل فلا يخلو ذلك مِن أن يكون ذلك بإذنهم أو بغير إذنهم .

فإن كان ذلك بإذنهم فلا خلاف فى جواز عتقهِ لدفعهم عن أنفسهم ضررًا ناجزًا وهو نفقتهُ وكسوتهُ .

والكتابة عليهم كما كانت .

فإن أعتقه بغير إذنهم هل يُنفذ العتق أو يُوقف ؟ **قولان قائمان مِن «المُدوَّنة» :**

أحدهما : أنَّ العتق نافذ لا يُوضع عنهم مِن الكتابة [ق / ١٢٣ ع] [سهم] (٣) العتيق وهو نصُّ « المُدوَّنة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : منهم .

والثانى : أنَّ عتقهُ موقوف إلى العجز أو الأداء ، وهو ظاهر « المُدونة » مِن قولهِ : إن لهـم الرجوع عليهِ إذا أدوا عنهُ . وهـو نصُّ « المُدوَّنة » : أنَّ لهم الرجوع على الزمن .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى الضرر الـذى درأ عنهم فى الحال مِن مؤنتهِ ونقله أو النظر إلى ما فوت لهم فى المال مِن الرُجوع عليهِ إذا أدوا ؟

فإن كان العتيق لهُ قوة وسعاية إمَّا بيدهِ وحرفتهِ أو بمالهِ الحاصل عندهُ فلا يخلو مِن أن يكون ذلك بإذن أصحابهِ أو بغير إذنهم .

فإن كان ذلك بغير إذنهم فقولان قائمان مِن « المُدونة » :

أحدهما : أنَّ العتق موقوف وهو قولهُ فى المُدوَّنة .

والثـانى : أنَّ العتق نافذ وهو قولهُ فى آخـر الكتاب فى الزمن الذى لهُ مال .

وسبب الخلاف : هل للسيِّد أن يعجز مكاتبه وإن أراد البقاء على الكتابة أو ليس لهُ ذلك ؟

فعلـى القول بنـفوذ العتق فـى الحال فلهُ أن يعـجزه إذ فعلـهُ يُؤدى إلى [عجز] (١) الباقين .

فإذا قُلنا بنفـوذ العتق فى الحال هل يوضع عن الباقين منـابة العتيق مِن الكتابة أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنه لا يُوضع عنهم شىء ، وهو قولُ مالك فى « المُدوَّنة » .

والثانى: أنَّهم توضع عنهم حصتهُ ، وهو ظاهر قوله فى « الكتاب » فى الأمة التـى أحبلها السـيِّد فى الكتابـة فرضيت هى ومَـن معها فى الكـتابة

---

(١) فى أ : عتق .

بتسليمها إلى السيِّد حيث قال : يوضع عنهم جميع حقها مِن الكتابة ، فإذا قال : يوضع عنهم جميع حقها من الكتابة ، فإذا قال : يوضع عنهم مع رضاهم بالتسليم ، وإخراجها مِن الكتابة بفعل السيِّد فبأن توضع عنهم جميعهم مع الإكراه أولى وأحق .

وسبب الخلاف : هل للسيِّد أن يُجبر عبده على الكتابة أم لا ؟

فعلى القول بأنَّ لهُ الجبر فلهُ أن يعتق وتبقى جميع الكتابة على مَن بقى كماله أن يوصف ذلك القدر عليهم [ابتداءً] (١) .

وعلى القول بنفى الجبر فتسقط عنهم .

وعلى القول بأن العتق موقوف على الأداء أو العجز فإذا أعتق بالأداء فهل يرجع على سيِّده بما أدى إن أدى عن نفسه ، وهل يرجع عليهِ أصحابه إن هم أدوا عنهُ ؟ **قولان منصوصان فى المذهب قائمان مِن « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ لا يرجع على السيد بشىء ولا يرجع عليهِ أصحابه وهو نص « المُدوّنة » .

والثانى : أنَّهُ يرجع [هو] (٢) على سيدِه ويرجع عليه أصحابهُ إن أدوا عنه ، وهذا القول قائم مِن « المُدوَّنة » مِنَ « كتاب العتق الثانى » مِن مسألة العبد المستأجر إذا أعتقه سيدهُ قبل تمام الإجارة ولم يشترط أن يكون لهُ جميع الإجارة ، وأن المُستأجر لهُ مِن إسقاط حقِّه مِن بقية الإجارة . فقد تأوَّل بعض الشيوخ على « المُدوَّنة » أنَّ بقية الإجارة للعبد ويرجع بها على السيِّد إنْ كان قد قبض جميعها عند العقد إذ لا سبيل له إن مد الإجارة عن الحر ، وهى مسألتنا بعينها .

---

(١) فى ب : استبراءً .

(٢) سقط من أ .

وسبب الخلاف : هل تغلب فيه شائبة الرق مِن حيثُ أنَّ العتق مُيسر ثُمَّ مِن جهة السـيد حتى لا يلحقه ديْـن حدث . أو تغلب فيه شائـبة الرق مِن حيثُ أنَّهُ يستسعى بالرق على وجهٍ شرعى .

فإن أعتقهُ بإذنهم ورضاهم هل ينفذ فيه العتق أو يتوقف ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلها قائمة مِن « المُدوَّنة » :

أحدها : أنَّ العتق نافذ جُملةً وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أن العتق موقوف وهو قول الغير فى المُدونة ولابن القاسم مثله من مسألة النصرانـى إذا أسلم حيثُ قال : يُباع عليهِ مكاتبتـهما جميعًا لحقِّ الحمالة رضى أم كره .

والـقول الـثالـث : التفصيـل بين أن يتساويا فى القوة فـيجوز أو يكون العتيق أفضلهم وفيه ترجى علتهم ثم لا تجوز ويوقف .

وســبــب الخــلاف : هل لـه أن يعجـز نفسـهُ أم لا ؟ [والحمد لـله وحده][1] .

---

(١) زيادة من جـ ، هـ .

المسألة الرابعة عشرة

في المكاتب إذا مات ومعه أولاد وأمهات أولاد في كتابته .

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يترك مالاً فيه وفاء بالكتابة .

والثاني : أن يترك مالاً لا وفاء فيه بالكتابة [١] .

والثالث : أن يموت ولم يترك مالاً .

فإن ترك مالاً فيه وفاء بالكتابة فلا خلاف أن من معه في الكتابة يعتقون فيه عاجلاً .

فإن ترك مالاً لا وفاء فيه بالكتابة فلا يخلو الأولاد مِن أن يكونوا صغاراً أو كباراً :

فإن كانوا صغاراً عاجزين عن السعي فلا يخلو ذلك المال من وجهين:

إمَّا : أن يكون [فيه] [٢] ما يبلغهم السعي .

والثاني : أن يكون ذلك مما لا يبلغهم السعي [٣] .

فإن كان فيه ما يبلغهم السعي ، فإنه يُؤدى عنهم [على] [٤] النجوم حتى يبلغهم السعي .

فإن كانوا كباراً ، فهل يُدفع لهم المال ويسعون فيه ؟ فلا يخلو الولد من

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في هـ : أن يكون دون ذلك .

(٤) في أ : عن .

أن يكون مأمونًا أم لا :

فإن كان الولد مأمونـا قائما بالمال مشتغلاً بالاشتـغال به فلا خلاف فى المذهب أنــه يدفع له خلافًـا لقول ربيعـة فى « الكتاب » حـيث قال : [لا يدفع إلا للسيد] (١) .

فإن كان الـولد غير مأمون فـالمذهب على ثلاثـة أقوال كُلّها قائـمة منِ «المدوّة » :

أحدهـا : أنَّه لا يدفع إلا للولد إن كان مـأمونًا ولا يُدفع لأُم الولد وإن كانت معهُ ، وهو قول مالك فى كتاب المكاتب من « المُدوَّنة » .

والـثانـى : أنَّهُ يدفع لأُم الولد خاصة إذا لم يسـتقل بهِ الولد إمَّا لكونهِ صغيرًا وإمَّا لكونهِ غير مأمون ولا يدفـع لغيرها وهو ظاهر قوله فى « كتاب الجنايات » .

والقول الثالث : أنَّهُ يدفع لكل مَن كان معه فى الكتابة ويسعى فيه، وإن كان أخًا أو أجنبيًا ، وهو قول أشهب فى « الموَّازية » .

وعلى القول بأنَّهُ لا يدفع لأحد إلا للولد .

فإن كان الولـد غير مأمون أو لم يتـرك ولدًا معهُ فى الكتـابة أصلاً كان للسيِّد أن يأخذ ذلك المال .

واختلف هل يُؤديه على الـنجوم أو يحسب ذلك [لهم] (٢) مـن أول الكتابة أو مِن آخرها ؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدها : أنَّهُ يحسب ذلك لهم مِن آخر كتابتهم ، وهو قول ابن القاسم

---

(١) فى هـ : لا يدفع السيد .

(٢) سقط من أ .

فى آخر كتاب الجنايات مِن « المُدونة » .

والثانى : أنَّ ذلك يُحسب لهم من أولها ، وهو قول مالك فى «كتاب محمد» .

والثالث : أنَّهُ مقسوم [على النجوم] [١] ومفضوض على سائرها ، وهو قولٌ قياس وإليه أشار بعض المتأخرين ، لأنَّهُ لما مات حلَّ ما عليه من الدين فى خاصة نفسه ، وحمالته توجب أن يُؤدى ما ترك عن ذلك [كله][٢] وإنَّما فرق مالك بين الولد وغيره فى دفع المال إليه لأنَّه يشفق وإنمَّا فرق مالك بين الولد وغيره فى دفع المال إليه لأنَّهُ يشفق عليه ويصونه ولا يُبذره كما كان الأب يفعل .

[وأما] [٣] الأجنبى فربَّما يَبذرهُ ويسرف فيه ولا تُدركه منهُ شفقة لكونهِ لم يعرف فيه ولا تعب فى اقتنائه فى غالب الأمر .

فإن مات ولم يترك مالاً فلا يخلو من معه فى الكتابة من أن يكونوا صغارًا أو كبارًا :

فإن كانوا صغارًا عاجزين عن السعى .

فإن كانت معهم أم ولد لأبيهم فإن قويت على السعى فإنَّها تسعى فى بقية الكتابة عنها وعنهم . فإن أدت رجعت عليهم بما أدت عنهم إن لم يكونوا أولادها [فإن كانوا أولادها] [٤] فلا ترجع عليهم بشىء ولها أن تستسعيهم فى الكتابة إذا أطاقوها .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من هـ .

فإن عجزت عن السـعى فلا يخلو من أن يكون فى ثمنـها إذا بيعت ما يفى ببقية الكتابة أو ليس فيه ما يفى :

فإن كان فى ثمنها مـا يفى ببقية الكتابة فإنَّها تـباع ، وتؤدى الكتابة من ثمنها .

وكذلك الحكـم إذا كانوا كبارًا عاجزين عـن السعى فإنَّ لهم بـيعها وإن كانت أمهم .

واختلف إذا كانوا جماعة أمهات أولاد وكان مع [كل] (١) واحدة منهن ولد ، وكان مع واحدة خـاصة أو كان معهنَّ الولد من غـيرهن ، وكان فى بيع بعضهن ما يفى بالكتابة ، كيف يُباع منهن ؟

على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أن الخيار فى ذلك للولد فيختار [بيع] (٢) من فيها نجاتهم، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والـثانـى : [أنـــه] (٣) لا تباع واحدة منهنَّ إلا بـالقُرعة ، وهو قول سحنون.

والقول الثالث : أنه يُباع منهنَّ بالحصص ، كالمدبرين ، وهو اختيار أبى الحسن اللخمى رضي الله عنه (٤) .

وكذلك الحكم فى السيِّد إذ لو كان حيًا .

فإن لم يكن فى ثمن أم الولد إذا بيعت ما يفى بالكتابة .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ويبيع .

(٣) فى أ : أنها .

(٤) زيارة من جـ ، ع ، هـ .

فإن كان [ق / ١٢٤ ع] (ق / ٢٢٦ أ) فى ثمنها ما يبلغهم السعى إن كانوا صغار فإنَّها تُباع ويأخذ السيد الثمن ويقبضه لنفسه على النجوم حتى يبلغوا السعى .

فإن لم يكن فى ثمنها ما يُبلغهم السعى فإنَّهم يرقون جميعًا للسيد.

واختلف إذا لم يكن معها ولد فى الكتابة مجال لا منها ولا من غيرها وكانت مع الأب أو الأخ هل تسعى معهُ أم لا ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنَّها لا تسعى إلا مع الولد خاصة ، وهو قول ابن القاسم فى المُدَّونة .

والثانى : أنَّها تسعى مع [الأب][1] والأخ ، وهذا القول ذكره اللخمى ولم يُسم قائله [ق/ ٨٨هـ] .

وقد اختلف فى أم ولد المكاتب متى تكون أُم ولد [بعد اتفاقهم][2] . على أنَّها لا تكون أُم ولد بما ولدت منه قبل الكتابة .

وعلى أنَّها تكون أُم ولد بما حملت به بعد أداء الكتابة .

وإنَّما اختلف فيما حملت به فى حين عقد الكتابة أو حملت [به] [3] . بعد الكتابة ثم وضعته بعد الأداء على قولين منصوصين: لعبد الملك فى كتاب العدة وطلاق السنَّة فى « المُدونة» ، وكتاب « المأذون له فى التجارة» .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى أم الولد هل تكون أم ولد بنفس الحمل أو لا تكون أم ولد إلا بعد الوضع ؟

---

(١) فى أ : الإبن .

(٢) فى أ : باتفاقهم .

(٣) سقط من أ .

وهكذا الخلاف فيمن اشترى زوجته وهى حامل [منه] [1] هل تكون أُم ولد بذلك الحمل منهُ أم لا ؟ على قولين قائمين من « المُدوَّنة».

والحمد لله وحده

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة عشرة

فى الكتابة فى المرض ، وفيها ثلاثة أسئلة :

الأول : إذا أقرَّ فى المرض بقبض الكتابة فى الصحة [ق/ ١٩٩جـ].

والثانى : إذا كاتبه فى المرض .

[**والثالث** : وقوعها فى المرض وإقراره فى المرض] (١) بقبض الكتابة .

فالجواب عن السؤال الأول : إذا أقرَّ فى المرض بقبض الكتابة فى الصحة، فلا يخلو من أن يكون موروثًا بولد أو بكلالة:

فإن كان موروثًا بولد ، فلا خلاف أعلمه فى المذهب فى نفى التُهمة ، وخروج العبد من رأس المال ، ويكون حُرًا من ساعته .

فإن كان موروثًا بكلالة ، هل يخرج من الثلث أو يبطل رأسًا؟ فالمذهب على قولين قائمين من « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يخرج من الثلث ، وهو قول ابن القاسم فى « كتاب المكاتب » .

والثانى : أنه يبطل إقراره ، وهو قوله فى كتاب الوصايا من « المدونة»، وهو قول الغير فى كتاب [الوصايا] (٢) ، حيث قال : « ولا يكون فى الثلث إلا ما أُريد به الثلث » .

وسبب الخلاف : هل إقراره كالإنشاء ، فيُعدَّ كما لو أعتقه ساعتئذ أو هو كالإخبار عمَّا وقع فيتهم ثمَّ يبطل ؟

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ابن حبيب .

وعلى القول بأنَّهُ كالإنشاء ، فيدخـله الخلاف الذى أسلفناه فى « كتاب العتق الأول » فى المبتل فى المرض حرفًا حرفًا .

والجواب عن السؤال الثانى : إذا كاتبه فى المرض ، ففى هذا السؤال فى الكتاب إشكال :

وقد قال فـى أول الكتاب : « إذا كاتب عـبدهُ فى المرض ، فإن حـمله الثُلُث جاز ، وإن لم يحمله : خُير الورثة ، إمَّا أجازوا وإمَّا عتقوا منه ثلث الميت بتلا » .

ثم قـال مالـك [فى المـريض] [١] [بيـعة وشراؤه جـائز] [٢] إلا أن يحابى، فيكون مُحاباة فى الثلث » .

فانظر ما بـين المسألة التى استدل بهـا والتى يستدلّ عليهـا من المنافرة ، لأنَّ التى استـدل عليها شرط فيـها [حملان] [٣] الثـلث حابا أم لا والـتى استدل بهـا ، إنما اعتبر الثـلث ، مع وجود المحاباة خـاصة ، ولا فرق فى التحقيق بين المسألتين ، ولا سيما على القول بأن الكتابة بيع ، إلا أن يتأول متأول أن نفس الكتابة محاباة للعـبد من السيد ، مثل : أن تكون الكتابة ، مثل قيمة رقبته إلا أنَّ السيد [كان] [٤] قادرًا على أن [يُخرجهُ] [٥] بمثل ذلك ، فتكون الـكتاب مُحاباة ، فلذلـك اعتبر الثلث ، وهو تـأويل سائغ لائق [بالكتاب] [٦] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ما باع واشترى أن ذلك جائز .

(٣) فى أ : حالان .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى هـ : يخارجه .

(٦) فى أ : بالكتابة .

وإذا وقعت بلا مُحاباة ، هل تمضى ويسعى العبد على النجوم أو يوَّقف المكاتب بنجومه إلى بعد الموت ، فيُصرف إلى الثلث ؟ ففى المذهب قولان منصوصان فى « المُدوَّنة » .

وسبب الخلاف : هل الكتابة من ناحية العتق أو مِن ناحية البيع.

والجواب عن السؤال الثالث : إذا وقعت الكتابة فى المرض، [وأقر بقبضها فى المرض] (١) .

فعلى القول بأنَّ ناحيتها ناحية البيع : فلا خلاف أنَّ العبد يكون حرًا من رأس المال .

وعلى القول بأنَّ ناحيتها ناحية العتق : فيتخرج على الخلاف فى المبتل فى المرض حرفًا حرفًا [بلا ريب ولا رجم غيب] (٢) .

والحمد للَّه وحدهُ .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة عشرة

فى السيد إذا أوصى بكتابة مكاتبه ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما : أن يُوصى بها لأجنبى .

والثانى : أن يوصى بها لمكاتبه .

فإن أوصى بها لأجنبى ، فلا يخلو أن يـوصى بها كُلَّها أو يُوصى بنجم منها :

فالجواب عـن الوجه الأول : إذا أوصى بها [كلها] [١] لأجنبى ، فإنَّ وصيَّته [كلها] [٢] مصروفة إلى الثلث .

واختلف ما الذى [يجعل فى] [٣] الثلث ؟ **على ثلاثة أقوال كلَّها قائمة من « المُدونَّة »** :

أحدها : أنَّهُ يجعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو [قيمة][٤] الكتابة ، وهو قول أكثر الرواة فى [الكتاب] [٥] .

والقول الثالث : أنَّهُ يجعل فى الثُلُث قيمة الكتابة ، مِن غير التفات إلى قيمة الرقبة ، وهو ظاهر [قول ابن القاسم] [٦] فى « المدوَّنة » فى [وصية للمكاتب] [٧] بنجم معين .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى هـ يصرف إلى .

(٤) فى أ : عدد .

(٥) فى أ : الكتابة .

(٦) فى أ : قوله .

(٧) فى أ : وصية للكتابة .

وسبب الخلاف : هل النظر إلى الحال أو النظر إلى المآل؟

فمن اعتبر الحال قال : قيمة الكتابة ، لأنَّها التى تملكها فى الحال ، إذ له بيع الكتابة ، ويقبض [الثمن] (١) نقدًا .

ومَنَ اعتبر المآل : رأى أن عدد الكتابة هو الموصى به فهو المجعول فى الثلث .

وأمَّا قوله أو قيمة الرقبة ، إن كانت أقل .

أمَّا على القول باعتبار عدد الكتابة فى الثلث ، فيصح الأمران على [اعتبار] (٢) المآل ، لأنَّ الذى يحصل للموصى به إذا حمل الثُلُث .

ووصية أحد أمرين : إمَّا الكتابة إن أداها العبد .

وإما رقبة العبد إن عجز فيصح اعتبار الأقل [بينهما] (٣) .

وأمَّا اعتبار الأقل بين قيمة الكتابة وقيمة الرقبة :

فذلك استحسان على القول بمراعاة الحال ، إذ لا مدخل لقيمة الرقبة هنالك .

والجواب عن الوجه الثانى من الوجه الأول : إذا أوصى له بنجم منها ، فلا يخلو ذلك النجم من أن يكون معينًا أو مبهمًا :

فإن كان معينا ، وحمله الثلث ، كان له مطالبة المكاتب بذلك.

فإن عجز رق [له] (٤) من رقبة العبد مقدار ما يُقابل ذلك.

---

(١) فى هـ : القيمة .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وله .

فإن قال له الورثة نعجل لك نجـمًا ، وأبى أن يقبله ، وقال [لعل] [١] العبد يعجز ، فيكون [لى] [٢] من رقبته مقدار ذلك .

فإن كان ذلك قبل حلول النجم ، كان ذلك له .

وإن كان بعد حلوله ، والعبد به ملى ، كان ذلك للورثة .

فأمَّا إن كان نجمًا مُبهمًا ، فإنَّهُ يكون شريكًا للورثة على حساب الأنجم.

فإن كانت خمسة ، كان شريكًا بـالخُمس فى الكتابة ، إن أُدِّيت ، وفى الرقبة إنْ عجز .

والجواب عن الوجه الثانى مـن أصل التقسيم : إذا أوصى بها لمكاتبه ، فلا يخلو من أن يُوصى له بها كلها أو بنجم منها :

فإن أوصى [له][٣] بها كُلها : كان ذلك وصية بعتقه بلا خلاف .

واختُلف ما الذى يجعل فى الثلث : **على قولين** :

أحدهما : أنَّه يجعل فيها قيمة الرقبة .

والثانى : قيمة الكتابة .

والقولان لابن القاسـم فى « المدونة » ، كما تقدم ، فإن حمَّـله الثلث عُتق ، وإن لم يحملهُ الثلُث خيِّـر الورثة بين أن يجيزوا ذلك أو [يعتقوا][٤] منه ما حمل الثلث بتلا .

ويوضع عنه من الكتابة مقدار ما يقابل الجُزء المعتق منه .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) فى أ : فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يعتق .

[وأمـا إذا] (١) أوصى له بنجـم بعينه ، وقد حمله الـثلث ، فذلك جائز .

واختُلف ما الذى يجعل فى الثلث ؟ **على قولين قائمين من « المُدوّنة»** :

أحدهـما : قيمة ذلك النجم ، ولا ينظـر إلى الرقبة ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « الكتاب » .

والثانى : أن المجعول فى الثلث الأقل من [قيمة] (٢) ذلك النجم أو ما يُقابـلهُ من الرقـبة ، وهو ظاهـر قول ابن القـاسم فى : الوصـيَّة بالكـتابة لأجنبى، وهذا مثله ، وهو نص قول أشهب فى غير « المدونة » .

فإن حمله الثلث نظر إلى قيمة ذلك النجم من جميع الكتابة .

فإن كان ربعها ، عُتق منه الربع أو خمسًا [ق/ ٢٥/ع] عتق منه الخمس على هذا الحساب ، ويـسقط [عنه](٣) ذلك النجم [مـن الكتابة] (٤) ، ويسعى فيما بقى .

فإن لم يـحمله الـثلث : خُيِّـر الورثة بين إجـازة ذلك أو يعتـقون من [المكـاتب] (٥) ما حمل الثُلُث مـنه ، ويوضع [عنه] (٦) من الكتـابة بقدر ذلك .

واختـلف هل يوضـع عنه من كـل نجم أو يجـمع ذلك فى نجـم واحد بعينه؟ **على قولين قائمين من « المُدونة »** :

---

(١) فى أ : فإذا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : منه عدد .

(٤) سقط من هـ .

(٥) فى أ : الكتابة .

(٦) سقط من أ .

أحدهما : أنه يوضع عنه من كل نجم قدر ما عتق ، وهو نصّ قول ابن القاسم فى « المدوَّنة » .

والثـانى : أنَّهُ يُوضع عنه فى ذلك النجـم بعينه ، وهو قول أشهب فى غير « المدونة » .

وينبنى الخـلاف على الخلاف فى الموصى له بشىء بعـينه ، ولم يحمله الثلث، هل يُقطع له بالثلث فى جميع التركة أو يقطع لهُ بها فى ذلك الشىء بعينه ؟

والقولان لمالك فى كتاب الوصايا من « المدونة » .

ولا فرق بين السؤالين ، لأنَّ النـجم معين [والشىء] [١] الموصـى له بعينه معين.

فينبغى أن يكون الجوابان على سواء .

[والحمد لله وحده] [٢]

---

(١) سقط من أ .

(٢) زيارة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة السابعة عشرة

فى موت أحد المكاتبين :

وإذا مات أحد المكاتبين ، وقد كوتبوا كتابة واحدة ، فلا يخلو من وجهين :

إمَّا أن يترك مالاً .

أو لم يترك شيئًا .

[فإن لم يترك شيئًا] (١) فالذى بقى فى الكتابة يسعى ، فإن أدى عتق، وإن عجز [رق] (٢) ولا إشكال فى هذا الوجه .

فإن مات وترك مالاً ، فلا يخلو من أن يكون فيه وفاء وفضل أو دون الوفاء :

فإن ترك دون الوفاء : فإنَّهُ يُحسب لهم إما فى أول النجوم.

وإمَّا فى آخر الكتابة على الخلاف الذى قدَّمناهُ :

فإن كان فيه وفاء وفضل : فالكتابة حالَّة ، وللسِّيد تعجيلها اتفاقًا لأن الكتابة التى هى على الميت ، بعضها بالأصالة ، وبعضها بالحمالة : وجميع ذلك يحل بموتهِ .

فإذا عجلت الكتابة من مال [الميت] (٣) عتق فيه كل من كان معهُ فى الكتابة ، ويكون للسيِّد الرُجوع على كُلِّ مَن كان يرجع عليه المكاتب ، لو

(١) سقط من أ .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .

عاش وأدى عنه ، لأنَّ السيِّد يقوم مقامه ، إذ لولا هم لأخذ السيِّد جميع ما خلَّفهُ المُكاتب ، لأنَّهُ مات رقيقًا .

واختلف المذهب فيمن كان يرجع عليه المكاتب لو أدَّى عنه : **على أربعة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ لا يرجع على ذوى الأرحام كُلّهم ، كان ممن يرث أو [ممن] [١] لا يرث ، كالخالة والعمَّة وبنت الأخ ، وهو قول أشهب .

والثانى : أنَّهُ لا يرجع على مَنْ يرث بالنسب ، ويرجع على مَنْ عداه من ذوى الأرحام ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك .

والثالث : أنه لا يرجع على الأبوة والأخوة خاصة ويرجع على من عداهم وهو قول ابن القاسم فى المدونة] [٢] .

والرابع : أنَّهُ لا يرجع على الأبُوَّة والبنوة خاصة ، ويرجع على من سواهم ، وهو ظاهر قول أشهب فيمن يدخل [مع] [٣] المُكاتب فى الكتابة إذا اشتراهُ .

وينبنى الخلاف على الخلاف : (ق / ٢٢٧ أ) فيمن يعتق على الحُر بالمِلك [إذا ملكه] [٤] ، هل يرجع عليهم على النجوم أو على الحلول؟ قولان :

وإن ترك فضلاً عن وفاء الكتابة ، فلا يخلو من معهُ فى الكتابة من أن يكون قريبًا أو أجنبيًا :

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : على .

(٤) سقط من أ .

فإن كان أجنبيًا ، فالمال للسيدِّ اتفاقًا .

وإن كان قريبًا ، فلا يخلو مِن أن يكون قريبًا بسبب أو قريبًا بنسب :

فإن كان قريبًا بسبب ، كالزوجية ، هل يرث الحى منهم الميت أم لا؟

فالمذهب على قولين منصوصين عن مالك رحمه الله :

أحدهما : أنَّهُ لا يرث الحى الميت منهما ، وهو نصٌّ قوله فى «المُدوَّنة» .

والثانى : أنَّهما يتوارثان ، وهو قوله فى « كتاب ابن الموَّاز » .

ولا خلاف فى المذهب فيما أعلمه أنَّهُ لا يرجع عليها إذا أدَّى عنها الكتابة، كما لو فداها من [أيدى] [1] العدو .

واختلف إذا أدت عنه ، هل ترجع عليه ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنَّها لا ترجع عليه ، وهو قول ابن الماجشون .

والثانى : أنَّها ترجع عليه لعدم العلَّة التى هى أصل فى الباب .

فإن كان قريبًا بنسب ، وما ذلك النسب الذى يستحق به ميراث المكاتب[ق/ ٨٩هـ] ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنه يرثه كُل من يرث الحُر من العم وغيره من نساء أو رجال، وهو قول ابن القاسم وأشهب وابن عبد الحكم .

والثانى : أنَّهُ لا يرثُهُ إلا من يعتق على الحُر بالملك إذا ملكه ، وهو الذى لا يرجع عليه إذا أدى [ق / ٢٠٠جـ] عنه ، وهو مذهب « المُدونة»، وهو قول عبد الملك وابن القاسم ، قاله مرة فى « كتاب محمد » .

---

(١) سقط من أ .

والـثـالـث : أنَّهُ لا يرث إلا الأُبـوة والبنوة خـاصة ، وهو ظاهـر قول أشهب : فيمن يدخل مع المُكاتب إذا اشتراه .

وسبب الخلاف : مخالفة هذه المسألة الأصول ، ولا خلاف أنَّهُ لا يرثه من كان خارج الكتابة من أقـاربه ، وإن كان أقرب الأقرباء كالأب والابن، وهذا [حكم] (١) بين حكمين .

وهى من المسائل الـتى انفرد بها مالك رحمه الله دون سـائر العلماء ، ومعتمده فى ذلك أمران :

أحدهـما : قضيـة عمر ﷺ ، وذلك أنَّ مُكاتبًا تُوفـى وترك مالاً كثيرًا وعليه بقية من كتابته ، فجاء أولاده إلى عمر ، فقالوا: نؤدى دينه ونأخذ ما بقى ، فقال لهم عمر بن الخطاب ﷺ : أرأيت لو مات أبوكم ، ولم يترك وفاء ، أكنتم تسعون فى أدائه ؟ ، فقالوا: لا ، فقال عمر : فلا إذا .

ووجه الدليل من الحديث أنَّ عمر منعهم الميراث لكونهم خارج الكتابة، وأنَّهم لا يتساوون مع أبيهم فى الحُـكم ، فوجب أن يكون ميراثهُ لمن ساواه فى الحُكم .

والعـمدة الثانـية : مراعاة الشبهة ، وهى عـبارة عن تشاكل الأمرين ، وتشابه الشيـئين ، وليس القطع إلى أحدهما بـأولى من الآخر ، فوجب أن يكون الحكـم مقتضى شائـبة الشبهة ، وذلك الحُـكم منافر لكـلا الشقين ، مثل: ما رُوى أنَّ رسول الله ﷺ حكم به فى ولد وليدة [ابن] (٢) زمعة، وذلك أنَّ سعد بن أبى وقاص تداعى هو وعبد الله بن زمعة في الولد الذى ولدتهُ وليدة زمعة ، فقال سعد : « يا رسول الله ، هذا ابن أخى أمرنى أن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

أستلحقه إلى نسبه عند الوضع » ، على حسب ما كانوا عليه فى الجاهلية، وفى أول الإسلام من اللاطة » ، وقال ابن زمعة : هذا أخى وابن أبى ، ولد على فراش أبى » ، فقال رسول الله ﷺ « **الولد للفراش ، وللعاهر الحجر**» يعنى الزانى ، فألحقهُ بابن زمعة ، ثم قال لزوجته : « **احتجبى منه يا سودة** » ، لما رأى من شبه الولد بعتبه ، فلم يرها حتى مات .

فوجه الدليل من الحديث أنَّ رسول الله ﷺ حكم بالشُبهة ، وأناط بها حُكمًا منافرًا لشقِّ الدَّعوى ، وهو أمره ﷺ [لسودة بالاحتجاب مع إلحاقه الولد بفراش أبيها وذلك الولد أخ لها من أبيها وكون النبى ﷺ أمر سودة][١] بقطع ما أمر الله به أن يُوصل من الأرحام لما تخايل له من الشبهة بين الولد وعتبة من أدل الدلائل على ما رمناه من تصحيح مذهب مالك رحمه الله فى ميراث المكاتب .

وتقرير الشبهة : أنَّ الولد تجاذبهُ فراشان :

أحدهما : صحيح .

والآخر : فاسد .

غير أنَّ كل واحدٍ منهما لو انفرد للحق الولد بصاحبه إبانا لوجود المقتضى لولد ، فلما [اجتمعوا] [٢] غلب حُكم الفراش الصحيح على الفاسد، لأنَّهُ المؤثر فى لحوق الأنساب عمومًا وخصوصًا وللفراش الفاسد تأثير الشبهة فيه فى الخصوص لا فى العموم . فالذى يقتضيه الدليل المعروف والعمل المألوف أنَّ للولد [إن] [٣] لحق بالفراش الفاسد ، أن يكون

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : اجتمع .

(٣) سقط من أ .

الاحتجاب ، [واجب] [١] على سودة كوجوبه على سائر أمهات المؤمنين ، وإن لحق بفراش أبيها زمعة: وجب أن يرتفع الحجاب وتُفَتَّح الأبواب لثبوت النسب والانتساب ، ولا واسطة بين القسمين ، ولكن رسول الله ﷺ حكم وقضى ، وبيَّن أنَّ هناك وجهًا لا يهمل ومعنى لا يغفل ، وهو [حاجز][٢] بين القسمين ، وحائل بين الوجهين ، وميراث المكاتب من هذا القبيل :

إمَّا أن يحكم بأنَّهُ مات على الرِّق ، فيكون ما ترك لسيده بالرق.

أو يحكم بأنَّهُ مات حرًا ، فيرثهُ ورثته ، مَن كان منهم فى الكتابة، ومَنْ كان [منهم] [٣] خارجا عنها وكونه يرثهُ مَنْ كان معه [ق/١٢٦ع] فى الكتابة من ورثته دون غيرهم غير معقول ، لكن الشرع لاحظ فيه شائبة الحريَّة ، وشائبة الرق ، [فرتب] [٤] على كل شائبة مقتضاها .

تمَّ الكتاب والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله

---

(١) فى أ : وأوجب .
(٢) فى أ : جائز .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : فركب .



كتاب أمهات الأولاد



كتاب أمهات الأولاد

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب وجملتها ست مسائل :

[**المسألة الأولى**] : فى الأمة تدعى أنَّ سيدها أولدها ، ولا يخلو السيِّد مِن ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يُصدقها فى الوطء والوضع .

والثانى : أن يُكذبها فى الأمرين .

والثالث : أن يُصدِّقها فى الوطء ، ويُكذبها فى الوضع .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا صدَّقهـا فى الأمرين ، فلا خلاف أنَّها تكون أم لولده ، وتبـقى على أحـكامهـا ، وذلك أنَّ أمـهـات الأولاد من ساداتهن الأحرار ، لهنَّ حُكـم الأحرار فى ستة أوجه ، وحكم العـبيد فى أربعة أوجه .

ولا خـلاف عندنا أنهنَّ لا يـبـعن فى دينٍ ولا غـيـره ، ولا يَرهنَّ ولا يُوهبن ولا يُؤاجرن ، ولا يُسلمن فى جناية ، ولا يستسعين .

وأما حُكمهن فى حُكم العبيد فـى انتزاع أموالهنَّ ما لم يمرض السيِّد ، وفى إخبـارهنَّ على النكاح فى أحـد القولين ، وفى اسـتخـدامهن الخـدمة الحقيقية وإن لساداتهن فيهن من الاستمتاع ما لهم فى الإماء .

وأمَّا ولدها من سيِّدها : فلا خلاف بين العلماء أنَّهُ حُر .

وأمَّا ولدها من غـير سيـدها قبل حملهـا من سيِّدها ، فـلا خلاف أنَّهُ عبد .

وأما ولدها من غير سيِّدها ، بعدما ولدت من سيِّدها :

فقد اختلف فيه **على ثلاثة أقوال:**

أحدها : أنَّهُ حُر كولدها من سيدها ، وهو مذهب [ربيعة بن أبى عبد الرحمن] (١) .

والثانى : أنَّهُ عبدٌ كما لو ولدتهُ قبل ذلك ، وهو مذهب الزهرى .

والثالث : أنَّهُ بمنزلتها فى كونها تُعتق مِن رأس المال ، ويخالفها فى وجوه:

منها جواز استخدامه واستئجاره وغير ذلك ، وهو مذهب مالك ﷺ .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كذبها فى الأمرين جميعًا ، فلا يخلو من أن يكون له بينة على إقراره بالوطء أم لا:

فإن لم تكن لها بينة : فلا خلاف فى المذهب أنها لا تصدق عليه، وهل يحلف أم لا ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّهُ لا يحلف ، وهو مشهور المذهب .

والثانى : أنه يحلف إن كانت عليه [بينة] (٢) ، وهو اختيار بعض المتأخرين .

فإن كانت لها عليه بينة ، فهل تُصدَّق عليه أم لا؟

فالمذهب على أربعة أقوال كُلَّها قائمة من « المُدوَّنة » :

أحدها : أنَّها تُصدَق ، كان معها الولد أم لا ، شهدت المرأتان على الولادة أم لا ، قياسًا على تماديه على الإقرار .

والثانى : أنَّها لا تُصدَّق عليه إلا بشهادة امرأتين على الولادة ، كان

(١) فى ع ، هـ : ربيعة .

(٢) سقط من أ .

معها الولد أم لا ، وهو ظاهر قوله فى الكتاب عند [تمامه] (١) هذا الفصل بقوله : « ويثبت نسب ولدها منه » .

والثالث : بالتفصيل بين أن يكون معها الولد ، فتصدَّق بلا بيِّنة على الوضع أو لا ولد معها ، فلا تُصدَّق إلا ببيِّنة على الوضع ، وهو قول سحنون وربيعة فى « كتاب الشهادات » من « المُدوَّنة » .

وعلى القول بأنها لا تُصدَّق إلا ببيِّنة على الوضع :

فإن شهد شاهدان على [إقرار بالوطء وامرأتان على الولادة فإنها تصدق بلا يمين فإن شهد شاهدان على] (٢) الإقرار ، وامرأة واحدة على الوضع ، فهل يحلف السيِّد أم لا ؟ قولان قائمان من « المدونة» .

فإن شهد شاهد واحد على الإقرار ، وامرأة [واحدة] (٣) على الولادة:

فإن كان معها ولد ، حلف السيد .

وإن لم يكن معها ولد ، ففى [يمين] (٤) السيِّد قولان :

أحدهما : أنَّهُ يحلف ليدفع شهادة الشاهد عن نفسه .

والثانى : أنَّهُ لا يحلف .

والقولان : قائمان من المُدوَّنة ، على اختلاف الروايات فى «كتاب أمهات الأولاد» وفى « كتاب الشهادات » .

فإن ادعى على السيد الاستبراء بعد قيام البيِّنة عليه ، هل يُقبل قوله أو

(١) فى هـ : تمام .
(٢) سقط من أ .
(٣) زيادة من ب.
(٤) سقط من ب .

لا يُقبل ؟ قولان قائمان من « المدونة» :

أحدهما : أنَّهُ يُصدَّق ، وهو نصّ قوله فى كتاب أمهات الأولاد .

والثانى : أنَّهُ لا يُصدَّق ، وهو قائم من « المُدوَّنة » من غير ما موضع إلا بعد [أمد] [1] الحمل ، إمَّا بعد خمس سنين أو أربع :

على الخلاف فى ذلك ، وهو قول المغيرة فى خمس سنين فى أحد قوليه .

وعلى القول بأنَّهُ يُصدَّق ، هل ذلك بيمين أو بغير يمين ؟

قولان قائمان من « المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يُصدَّق بغير يمين ، وهو قول ابن الموَّاز ومحمد بن مسلمة، وهو ظاهر « المدونة » فى « كتاب العدَّة» ، حيثُ قال: « ولا لعان فى ملك اليمين » ، معناة : لا يمين عليه .

والثانى : أنَّهُ لا يُصدَّق إلا بيمين ، وهو قول عبد الملك فى كتاب محمد ، وهو ظاهر « المُدونة » أيضًا .

وعلى القول بأنَّهُ يُصدَّق فى ذلك بيمين ، هل الاستبراء فى ذلك بحيضه أو بثلاثة ؟ **قولان قائمان من « المدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّ الاستبراء بحيضة واحدة ، وهو نصُّ « المُدوَنة » .

والثانى : أنَّ الاستبراء فى ذلك بثلاثة قُروء ، وهو قول عبد الملك فى «كتاب محمد » ، وهو ظاهر « المُدوَّنة » على القول بأنَّ الثلاثة الأقراء كلها للاستبراء .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا صدَّقها فى الوطء ، وكذَّبها فى

(١) سقط من أ .

الوضع، هل تَصدَّق عليه فى الوضع أو لا تصدَّق؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلها قائمة من « المُدوَّنة» :

أحـــدها : أنَّها تُصدق عــليها ، كان معــها الولد أم لا ، عَلِمَ بالوضع جيرانها أم لا ، وهو نصٌّ قوله فى « كتاب القذف » :

والثـانى : أنَّها تُصدَّق عليه إن صدَّقها الجيران ، كان معها الولد أم لا، وهو ظاهر قوله فى « كتاب أُمهات الأولاد » ، و« كتاب الشهادات» ، وهو نصٌّ قوله فى « كتاب محمد » .

والثــالث : (ق / ٢٢٨ أ) التفصيل بين أن يكون معــها ولد ، فتُصدق أولا يكون معها ، فلا تصــدَّق إلا بشهادة امرأتين على الولادة ، وهو ظاهر الكتاب ، وهو نصٌّ قــوله فى [المدونة] [١] وغيرها ، لأنَّ السـيِّد أقرَّ لها بالإيداع .

فإذا جاءت بولد قبل قولها أنَّهُ وديعة .

فإذا لم يكن معها ولد ، فهى مُدَّعــية ، فلا يُقبل قولها إلا بدليل يقومُ لها.

فإن ادعت على السيد العلم بالوطء ، فهل يحلف أم لا؟

قولان عن ابن القاسم فى غير « المُدوَّنة » [وقائمان من المدونة][٢].

وسبب الخلاف : هل إقرارة بالوطء شهادة] [٣] قائمة له على دعواها أم لا؟

والحمد لله وحده .

---

(١) فى هـ : كتاب الموازية .

(٢) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

(٣) فى هـ : شبهة .

المسألة الثانية

فى الأب إذا وطئ أمة ابنه ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها : أن يطأ أمة ابنه .

والثانى : أن يطأ سريته التى [لم] [1] تلد معه بعد .

والثالث : أن يطأ أم ولد ابنه .

فالجـواب عن الـوجه الأول : إذا وطئ الأب أمة ابنه ، فـلا يخلو من وجهين :

إما أن تحمل .

أو لا تحمل .

فإن حملت من وطئه ، فلا يخلو الولد من أن يكون حرًا أو عبدًا:

فإن كان حُرًا ، فلا يخلو الولد من أن يكون صغيرًا أو كبيرًا:

فإن كان صـغيرًا : فإنَّها تـقوم على الأب فى العـسر والتيسر اتـفاقًا ، وتكون أم [له] [2] ولد :

فإن كان الابن كبيـرًا ، فإنَّها تقوم عليه أيضًا ، وهل ذلـك باختيار من الابن أو مجبورٌ على التقويم؟ **فالمذهب على قولين قائمين من « المدوَّنة»**:

أحدهما : أنَّ الولد مجبور على التقويم ، وهو نصّ الدوَّنة .

والـثـانـى : أنَّهُ مُخيَّر بـين التماسك والتقويم ، وهذا الـقول قائم من

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

«المدوَّنة» : من وطئ أحد الشريكين أمة بينهما .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى أُم الولد ، هل يجوز إنكاحها أم لا ؟

ومن جوَّز إنكاحها ، قـال [ق/ ٩٠هـ] : إنَّ الولد [غير] [١] مجـبور [ق/ ٢٠١جـ] على التقويم لما فيه من منافع النكاح .

وإن منع هو من الاستمتاع ، فشبهـها بأُم الولد إذا حدث على السيد ما يمنعهُ من وطئها ، هل يعتق أم لا ؟

قولان ، وعلى ذلك ينبنى الخلاف فى هذه المسألة .

ومَنْ منع من نكاحها جعله مجبورًا على التقويم .

فإن كانت حائلاً ، فهل تقوم على الأب إن كان الولد صغيرًا أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّها تقوم عليه وتصير لـه أم ولد ، ويُؤخذ منه القيمة مع الميُسر وتباع عليه مع اليسر وتباع عليه مع العسر ، وهو قوله فى «الكتاب».

والثـانى : أنَّها لا تقوم عليه سواء كان موسرًا أو معسرًا [ق/ ١٢٧ع] ، لأنَّ ذلك ذريعة إلى أن يستأثر الأب من مال ولده بما [أراده][٢] لنفسه، وقد قال [مالك] [٣] فى غير ما موضع من الكتاب : « لا ينبغى للأب أن يشترى لنفسه من مال ابنه الصغير شيئًا ، وهو قول عبد الحكم.

فإن كان الولد كبيرًا ، فهل يجبر الولد على التقويم أم لا ؟ قولان:

أحدهما : أنه يجبر عليها ، وهو قوله فى « المدونة » .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : أمره .

(٣) فى أ : به غير مالك .

والثـــانى : أَنَّهُ يُخيَّر ولا يجبـر ، وهو قوله فى كتاب « ابن المواز » ، بشرط أن يكون الولد مأمونًا .

وسبب الخلاف : الحماية تحمى أو لا تحمى ؟

فعلى القـول بأنَّ الولد مجـبورٌ على التقـويم ، والأب مُوسر ، فـإنها تكون لهُ أُم ولد ، ويحلّ له وطؤها، فقال سحنون :بعد الاستبراء من ذلك الملك ، وما قاله صحيح .

وقد قـال في الوطء الفاسد : « أَنَّهُ لا يـطأ إلا بعد الاستـبراء [من][1] صحة الملك ، فكيف بهذا ؟ » .

فإن وطئـها الابن بعـدما وجـبت القيـمة على الأب : فـالمذهب على قولين:

أحـدهـمـا : أنَّ ذلك منه رضا بإسـقاط الفداء عن الأب وتبـاع عليه ، ويأخذ ثمنها قلَّ أو كثر ، وهو قول عبد الملك .

والثانى : أنَّها تقوم على الأب يوم وطئ ، وعلى الابن يوم وطئ ، فإن تساوت القيـمتان تقاصَّـا ، وإن تفاضلت القيمـتان رجع من له الدرك على الآخر ، وهو قول أصبغ ، وهو الأصح .

وسبـب الخلاف : تقويمهـا على الأب ، هل هو حقٌّ للَّه تعالى أو حق للابن؟

فإن أتت بولد ، فالحكم يأتى فيه فى الوجه الثانى إن شاء الله تعالى.

فإن كان ذلك الولد عبدًا [فإن] [2] كان الأبَّ موسرًا : فإنَّهُ يغرم قيمة

---

(١) فى أ : مع .

(٢) فى أ : أو .

الأمة ، وتكون له أُم ولد .

وإن كان مُعسرًا : فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّ الأمة تبقى رقيـقًا للولد ، ويتبع الأب بقيـمة الولد بعد الوضع، وهو قول عبد الملك فى « الموَّازية » .

والثانى : أنَّ الأب يتبع بقيمة الأمة فى اليُسر ، وتُباع عليه فى العُسر إن لم تحمـل ، فإن حملت [يـتبع] [1] بقيمـتها دينًا فى الـذمة ، وهو قول سحنون فى كتاب ابنه .

والجواب عن الوجـه الثانى : إذا وطئ سرية ابنه التى لم تلد بعد ، فلا تخلو من أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فإن كانت حاملاً ، فلا يخلوا وطئ الأب من أن يكون بعد الاستبراء أو ما يقوم مقامه من اعتزال الابن عنها مُدَّة يحصل فى مثلها الاستبراء أو وطئ قبل الاستبراء .

فإن وطىء الأب بعد الاستبراء ، فأتت بولد لستة أشهر فأكثر ، فالولدُ لاحق بالأب وتعـتق الأم ، ويكون ولاؤهما لـلأب ، ويغرم قيمتـها للابن ويتبع بها فى العُسر .

فإن وطئ الأب قبل الاستبراء ، فأتت بولد :

فإن أتت به لأقل من ستة أشـهر من وطئ الأب [فبالابن] [2] يلـحق، وقيمة الأُم على الأب .

وإن أتت به لستة أشهر ، فأكثر ، هل يُلحق بالابن أو يدعى له القافة؟

---

(١) فى هـ : أتبع .

(٢) فى أ : فالابن .

قولان في المذهب قائمان من « المدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يلحق بالابن ، لأنَّ فراشه صحيح ، وفراش الأب فاسد، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدونة » ، حيث ساوى بين هذه المسألة ، والسيِّد إذا وطئ أمته ، وهى زوجة لغيره ، فقال : يُلحق بالزوج، لأنَّ فراشة صحيح ، وهو قول سحنون فى « العُتبية» .

والثانى : أنَّ الولد يُدعى له القافة ، فمن [ألحقوه] (١) به كان نسبه منه،وهو ظاهر قوله فى المدونة فى « باب القافة » أيضًا ، حيثُ قال: « إنما القافة [فى الأمة] (٢) فى الملك لا فى النكاح » ، وهذا وطئ بملك، لأنَّ للابن وطأ صحيحًا ، وللأب وطئ بشبهة الملك ، فقد تساويا فى إثبات النسب ، وهو صحيح .

وسبب الخلاف : هل الشبهة تُفيد ما يُفيد الملك التام أم لا ؟

وأما إن كانت حائلاً ، فالقيمة لازمة للأب فى العسر واليسر ، فهل تباع على الأب على كُلِّ حال ، لأنَّ وطئها لا يحلَّ لواحد منهما ، وهو نصُّ المُدَّونة ، أو يجوز للابن أن يمسكها للخدمة إن كان مأمونًا . لا يُخشى منهُ الوقوع عليها أو العودة إليها بما اعتاد منها ، وهو القول الذى قدمناهُ فى الوجه الأول .

وسبب الخلاف : ما تقدَّم .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا وطئ أُم [ولد ابنه] (٣) ، وهل يُعجَّل عتقها أو تبقى عند الابن [ويُعزل] (٤) عنها ؟ قولان قائمان من « المدونة»

---

(١) فى أ : ألحقه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ولده .

(٤) فى هـ : ويعتزل .

أحدهما : أنَّهُ يعجل عتقها ، والولاء للابن ، وهو نصٌّ « المدونة».

والثانى : أنَّها توقف إلى موت الابن ، وهو ظاهر المُدوّنة أيضا ، وعند إيراد سبب هذا الخلاف يتبين لك هذا الظاهر .

وعلى القول بأنَّهُ يتعجَّل عتقها ، هل يغرم الأب القيمة للابن أم لا؟

على قولين قائمين من « المُدوَّة » :

أحدهما : أنَّه يغرمها ، وهو نصٌّ قوله فى كتاب أمهات الأولاد.

والثـانى : أنَّ الأب لا يغرم القيمة ، وهو ظاهـر قوله فى كتاب القطع فى السرقة فى البـيِّنة إذا شهدت على رجلٍ بطلاق امرأته ، فـحكم القاضى بشهادتهما ، وطلق عليه زوجتـه ، ثم رجعا عن شهادتهما ، قال : إن كان الزوج قد دخـل بهما فلا يـرجع عليهمـا بشىء ، يريد ، لأنَّ الـصداق قد استوجبتهُ بالدخول ، ولم يفوتا عليه بشهادتهما شيئًا ، وهو قول عبد الملك فى النصرانى إذا وطئ أم ولد ابنهِ ، ثمَّ أسلما ، والجمع بين المسألتين أنه لم يفوت له فى الوجهين غير الاستمتاع لا فى أُم الولد ولا فى الزوجة.

وسبب الخلاف : هل للسيِّد فى أُم ولدهِ منفعةٌ مقصودة غير الاستماع أم لا؟

فمن رأى أنهُ لا منفعة لهُ فيها غير الاستمتاع ، فإذا طرأ ما يمنعهُ منه مع حياة السيد تعجل عتقها ، قال: لا يغرم الأب شيئًا ، لأنَّهُ لم يجن جناية، [الأب][1] ، فساوى بين المسألتين .

وَمَنْ رأى أنَّ للسيـد فى أُم ولدهِ مأرب سوى الاستمتاع بـالوقاع ، مثل أُروش الجنايات عليهـا أو قيمتها إن قتلت أو انتزاع ما يـطرأ لها من المال ،

---

(١) سقط من أ .

قال : إنَّ الأب يغرم القيمة ، ويُفرق بين المسألتين ، وهذا من باب اعتبار الطوارئ البعيدة ، وهى من الطوارئ النادرة الوقوع ، وقليل من السادات مَنْ يكون ذلك مقصوده من أمهات الأولاد ، وهذا كله إذا كان الأب الواطئ حرًا .

وأمَّا إن كان عبدًا فوطئ أمة ابنه الحُر ، فأحبلها ، هل تقوم عليه أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّهُ لا يُتبع الأب بشيء ، لأن ذلك ليس بغصب ، ولا خراج ولا حد عليه ، ولو قال الابن : « أنا أسلمها إليه، وأتبعه بالقيمة» لم يكن ذلك له .

فإن وضعت حملها : كان حرًا على أخيه .

ولو أسلمها إليه الابن : لم تكن [له] (١) أم ولد بذلك الولد ، لأنَّهُ خلق فى بطنها على الحُرية ، وهو قول عبد الملك فى كتاب « ابن سحنون»،وبه قال [ابن المواز] (٢) .

والثانى : أنَّ وطأها كالجناية ، وقيمة الجارية فى رقبة العبد الذى هو الأب ، ويخير سيد العبد بين أن يفديه بقيمة الجارية أو يسلمه ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب « ابن المواز » وكتاب « ابن سحنون » .

فإن فداه ، هل تتبعه الجارية أو تكون لسيده ؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما : أنَّها تكون لسيد العبد ، وهو قوله فى كتاب « ابن المواز».

والثانى : أنَّ الجارية للعبد ، والعبد للسيد ، وهو قوله فى كتاب « ابن سحنون» .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

فإن أسلمهُ سيده فى تلك الجنايــة ، كان حرًا على ابنه الذى يُسلم له ، وتتبعه الجارية ، وهل تكون له أم ولد بذلك الولد أم لا ؟

على قولين :

أحدهـما : أنَّها تكون أُم ولد بذلك الولــد ، وهو قوله فى كتاب « ابن سحنون» .

والـثانـى : أنَّها لا تكون أُم ولد إلا بولد ثــانٍ ، لأنَّ ذلك الولد لسيِّده الذى أسلمه ، لأنَّ رقيــقٌ له ، إلا أن يقال : إن علم السيِّد بأنه يـتبعه ماله إذا أسلمــه ، كان تسليمــا للولد إذا ولد ، وإســقاطًا لحقِّه فيــه، وإن ماتت الجارية قبل أن يُخيَّر الــسيِّد فمصيبتها من العبد ، وتكون الـقيمة فى رقبتهِ، وهو قول ابن القاسم فى كتاب « محمد » وكتاب « ابن سحنون» .

والقول الثالث : بالتفصيل بين أن يكون الأب عبدًا مأذونًا له فى التجارة أو غير مأذون :

فإن كان مــأذونًا له فى التـجارة : قومت عليــه قيمة عدل ، ثُــمَّ يؤخذ ذلك مِن مالهِ إن كان لهُ مال ، وهو قول المُغيرة فى « كتاب ابن سحنون» .

وإن لم يكن له مال ، هل يُتبع فى الذِّمة أو تُباع عليه؟

فالمذهب على قولين :

أحدهـما : أنَّهُ يتبع بالمال فى ذمته ، وتكون الأمة والولد لسيده ، لأنَّهُ ليـس من مــال العـبد ، وهـو قول المـغيـرة [ق/١٢٨ع] فى « الـكتــاب المذكور» .

والثانى : أنَّهُ إذا لم يكن لهُ مالٌ تباع عليه ويعتق الولد على أخيه[وهذا القول حكاه سحنون عن المذهب فى كتاب ابنه .

[فإن كان غير مأذون لـه فى التجارة للابن ، والولد لاحق بأب العبد ، ويعتق على أخيه] (١) ، وهو قول المغيرة .

والابن إذا وطئ أمة أبيه (ق / ٢٢٩ أ) **فلا يخلو من وجهين :**

أحدهما : أن يكون وطؤه إياها بتعدٍ .

والثانى : أن يكون بنكاح .

فإن وطئها بتعدٍ ، فالحدُّ واجب عليه اتفاقًا ، فهل تقوم عليه بالحكم أم لا ؟ فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّها تقوم عليه بالحكم ، شاء الأب أو أبى ، ويغرم القيمة إن كان مُوسرًا وتكون له ملكًا ، وتُباع عليه إنك كان معسرًا ، من غير اعتبار، بأن تكون حاملاً أو حائلاً .

والثانى : أنَّ الخيار للأب إن كان معدمًا إن شاء قوِّم وإن شاء مسك ، ويترك التقويم ، ويتبع الابن بما نقصها [الوطء] (٢) أو الحمل إن كانت حاملاً .

والقولان قد قدَّمناهما فى جارية الابن .

فإن وطئها بنكاح ، فذلك مباح له ، لأنَّهُ يجوز للابن أن يطأ أمة أبيه بنكاح اتفاقًا .

وفى جواز نكاح الأب أمة ابنه بالنكاح قولان:

أحدهما : أنه لا يجوز للأب أن يتزوج أمة ابنه ، فإن فعل : فإنَّ نكاحه مفسوخ ، وعلى الأب قيمتها يوم وطئ ، حملت أو لم تحمل ،

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

وتكون له أم ولد إن حملت ، وهو مشهور مذهب مالك ﷺ .

والثـانى : «إنهُ لا يجوز له تزويجها ابـتداءً ، فإن نزل : فإنَّهُ يمضى ولا يرد، وهو قول محمد بن عبد الحكم فى كتاب ابن المواز .

فإذا ثبت أنه يجوز للابن وطء أمة أبيه بنكاح .

فإن اشتـراها من الأب بعد النكاح ، فلا يخلو من أن تكـون حاملاً أم لا :

فإن كانت حائلاً ، فالبيع جائز اتفاقًا .

وإن كانت حاملاً ، فهل يجـوز البيع أم لا ؟ قولان [قائمان][1] مـن «المدوَّنة » :

أحدهما : أنَّ البيع جائز ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « المدوَّنة» ، وإن كان بعض المتأخرين تأوَّل قوله على الوفاق ، فقال معناه بعد الوقوع .

والثانى : أن البيع لا يجوز ، وهو قول الغير .

وسبـب الخلاف : المستثنى ، هل هو مبقى أو مشترى فابن القاسم يرى أنَّهُ مبقى ، فجوز البيع .

وغيره يرى أنَّهُ مشترى ، فمنع البيع لما فى ذلك من الغرر.

وللخـــلاف [ق/ ٢٠٢جـ] فيـه مطلع آخر ، وهو الجنين [هل] [2] تلحقه الحُرية فى بطن أمه أو لا تلحقه إلا بعد الوضع والاستهلال صارخًا:

فمن رأى أن الحُرية لا تـلحقه إلا بعد الوضع ، قال : بـجواز البيع ، وهو ظاهر قول ابن القـاسم فى « المدونة » : فى الابن يشترى امـرأة أبيه ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وهى حامل ثمَّ يلحقه الدين ، قال : « تباع فى الدين الذى على الابن » ، وقال فى التعليل : « إنَّهُ لا يعتق عليه إلا بعد الوضع » .

ومن رأى أن الحُرية تلحقهُ فى بطن أُمه ، قال : لا يجوز البيع ، لأنَّ ذلك من باب استثناء الأجنَّة ، وهو قوله فى أمهات الأولاد أنها لاتباع فى الدين حتى تضع ، لأنَّهُ عتق سنة ، خلافُ قول ابن القاسم، ومشهور المذهب [ق/ ٩١هـ] أنَّ الحرية تلحقه قبل الوضع .

وعلى هذا ينبنى الخلاف فى الأمة ، هل تكون أُم ولد بنفس الحمل [أو بالوضع][1] ؟ قولان قائمان من المدوَّنة .

فعلى القول : بأنَّ الحُرية تلحقُه قبل الوضع :

فمن ضربها فألقت جنينا ميتًا ، ففيه [غرة عبد أو وليدة][2].

وعلى القول بأنَّهُ لا تلحقه الحُريَّة إلا بعد الوضع ، فينبغى أن تكون به أُم ولد ، كما قال إذا اشترى زوجة أبيه ، وهى حامل أنَّها تباع فى دين لحق الابن الذى اشتراها ، وكل منهما عتق سنة.

هذا أعتق الأخ ، وهذا أعتق ابن الابن .

أمَّا أن يحكم بعتقهما جميعًا قبل الوضع أولا يحكم بعتقها إلا بعد الوضع ، وهو ظاهرٌ فى المعنى جدًا لمن أمعن نظره واستعمل فكره ، وغاص بذهنه فى بحار المعانى ، حتى يستخرج منها نفائس الجواهر واللآلئ.

أمَّا من ركن إلى الدعة والراحة ولازم الرقاد طول الأيام والليالى ، فهو

---

(١) فى ع ، هـ : أو حتى تضع .

(٢) فى أ : الغرة .

معزول عمًّا نصف ، ولاحـظ له فيما نتحف ، والفضل بيـد الله يُؤتيه من يشاء .

والحمد لله وحدهُ .

المسألة الثالثة

في أُم ولد الذمى تُسلم :

وقد اختلف المذهب عندنا فى أُم ولد الذمِّى تُسلم ، هل توقف أو تعتق؟ **على ثلاثة أقوال :**

أحدها : أنَّها تعتق الآن .

والثانى : أنَّها توقف حتى يسلم أو يموت ، والقولان لمالك [فى المدونة][(١)] .

والثالث : أنها تباع ، وهو قوله فى المختصر الكبير .

ووجه القول بتعجيل عتقها أنَّ السيد ممنوع من الاستمتاع بها ، لكونها مُسلمة فى إيقافها ضرر بربها ، لأنَّهُ بين إحدى حالتين :

إمَّا أن تكلفهُ النفقة عليها ، فذلك ضررٌ عليه ، لأنَّهُ ينفق على أم ولد لا يستمتع بها .

وإمَّا أن يدعها بلا نفقة ، فذلك ضررٌ عليها ، فكأن عتقها أصوب وزنًا بينهما بالقسطاس المُستقيم .

ووجه القول بالإيقاف : رجاء أن يُسلم السيد ، فتعود إلى فراشه، وتعجيل عتقها قطع لما يُؤمله ويرجوه .

ووجه القول بأنها تباع عليه : قطعا [لمدة] [(٢)] الضرر [من كلا الضررين] [(٣)] ، حتى لا يستقر السيد بالإنفاق دون الاستمتاع ، ولا تستضر

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لمادة .

(٣) فى أ : من كل الطريقين .

هى بالإيقاف دون النفقة ، لأنَّ الإيلاد فى حالِ الكُفر لم يُوجب لها حُرم أُم الولد ، فالإسلام لا يُوجب لها حقًا لم يكن .

وعلى القول بأنها تعتق ، هل يفتقر [عتقها] [١] إلى حكم حاكم أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنهُ يفتقر إلى حكم حاكم ، وهو قول ابن القاسم ، لأنه أمر مختلف فيه .

والثانى : أنَّهُ لا يفتقر إلى حُكم حاكم ، وأنَّها تُوقَّف حتى تحيض حيضة واحدة ، فإن أسلم : كان أحقَّ بها .

وإن انقضت الحيضة قبل أن يُسلم : أُعتقت بغير حكم ، [حاكم][٢]، وهو قول محمد بن عبد الحكم فى كتاب ابن حبيب ، وجعل حكمها حُكم الزوجة ، تسلم قبل البناء .

والحمد لله وحده.

---

(١) فى أ : حكمها .

(٢) سقط من أ .

المسألة الرابعة

في إقرار السيد بالإيلاء ، واستلحاق الولد :

فإذا أقر الرجل بوطء أمته ، وأنَّها ولدت منهُ ، فلا يخلو مِن أن تكون في ملكه أو في ملك غيره :

فإن كانت في ملكه ، فلا يخلو إقراره من أن يكون في الصحة أو في المرض [فإن كان في المرض] [1] ، فلا يخلو من أن يكون معها الولد أو لم يكن :

فإن كان معها الولد ، فلا يخلو من أن يكون موروثا بولد أو بكلالة :

فإن كان موروثًا بولد ، فالمذهب على أنَّهُ مصدق .

فإن كان موروثًا بكلالة ، وكان له إلى الولد انقطاع ، فهل تلحقه التُهمة في ذلك أم لا ؟ فالمذهب على **قولين منصوصين في « المُدوَّنة»** :

أحدهما : أنَّهُ يتهم أن يُقر بميراثه عن الكلالة إليه ، وهو قول ابن القاسم .

والثاني : أنَّ التهمة لا تلحقهُ ، وأنَّ الولد به لاحق ، وهو قول أشهب، وقال: «إلحاق الولد قاطع لكل تهمة» .

فإن لم يكُن معها ولد ، فلا يخلو مِن أن يكون مورثًا بولد أو بكلالة :

فإن كان موروثًا بكلالة : فلا خلاف في المذهب أنَّه لا يصدق .

وإن كان موروثًا بولد : فهل يصدَّق أو يتهم ؟ قولان في « المُدوَّنة» عن

---

(١) سقط من أ .

مالك :

أحدهما : أَنَّهُ يُصدق ، وبه أخذ ابن القاسم .

والثانى : أَنَّهُ لا يصدق ، وبه قال أكثر الرواة ، لأَنَّهُ يتهم أن [يفر] (١) بذلك عن الورثة ، وقالوا : لا يكون فى الثلث ولا فى رأس المال ، كقوله: « أعتقت عبدى فى صحَّتى » ، فلا يعتق ، لا فى [الثلث](٢) ولا فى رأس [المال] (٣) .

وابن القاسم : فرَّق بين العتق والإيلاد ، لأنَّ الإيلاد مبنى على [ق/ ١٢٩ع] الإخفاء والإسرار ، والعتق مبنى على الإعلان و[الإشهار إذ العرف فيه] (٤) الإشهاد .

فإذا ادَّعى عتقه ، ولم تكُن له بينة فقد ادعى خلاف العُرف .

ثم لا يقبل قول مَنْ ادَّعاهُ منهما من عبد أو سيد إذا كان هناك أمرٌ يوجب الدَّعوى .

فإن كان إقرارهُ فى الصحة ، فلا يخلو من أن يكون مديانًا أو غير مديان:

فإن كان غير مديان : فيصدق ، كان معهُ الولد أم لا .

وإن كان مديانا : صُدِّق إن كان معهُ الولد ، ولا يُصدَّق إن لم يكن معهُ الولد.

فأمَّا الوجه الثانى : إذا كان فى غير ملكه ، مثل : أن يبيعها ، ومعها

(١) فى أ : يقر .
(٢) فى أ : ثلث .
(٣) فى أ : مال .
(٤) سقط من أ.

ولد ثُمَّ استلحقه ، أو باعها وحدها وهى حامل أو حائل ، فولدت عند المشترى ثم استلحقه البائع ، **فلا يخلو من ثلاثة أوجه** :

أحدها : أن يستلحق ولدًا ولد عنده [من أمته] (١) .

والثانى : أن يستلحق ولدًا لم يُولد عنده ، ولا علم أنه ملك أمة بشراء ولا نكاح .

والثالث : أن يستلحق ولدًا فى ملك غيره .

فالجواب عن الوجه الأول من الوجه الثانى : إذا استلحق ولدًا عنده من أمته أو ولدته بعد أن باعها بمثل ما يُلحق به الأنساب ، فلا يخلو من هما فى يديه من أن يُحدث فيهما أو فى أحدهما عتقا أو تدبيرًا أو لم يحدث فيهما شيئًا :

فإن لم يحدث فيهما شيئا ، فلا يخلو مِن أن يكون موسرًا أو معسرًا:

فإن كان موسرًا ، ولم يتهم فى الأُم بالصبابة لذواتها : فلا خلاف أنَّهُ يصدق ويلحق به الولد ، وتكون أُم ولد .

وإن كان مُوسرًا ، واتَّهم فى الأم بالصبابة أو معسرًا ولم يتهم بالصبابة، فهل يُفسخ البيع وتُردَّ إليه أم لا ؟ على قولين :

أحدهما : أنَّهُ لا يلحق به ، وهو قول ابن القاسم فى الكتاب.

والثانى : أنَّهُ يلحق به ، وهو لابن القاسم أيضًا ، وبه قال أشهب فى المدونة أيضًا ، ويتبع بالثمن والولد لاحق [به بكل حال] (٢) ، ويتبع بحصته من الثمن فى العسر .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

وإن أحدث المشترى فيـهما أو فى أحدهما عتقًا أو تـدبيرًا ، هل يكون ذلك فواتًا فى الأُم أم لا ؟ قولان لابن الـقاسم فى « المدونة» ، ولا خلاف أنَّهُ يكون فوتًـا فى الولد ، وأنَّهُ يُلحق به ، وإنَّمـا الخلاف فى الولاء ، هل يسقط للمعتق أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحـدهمـا : أنَّهُ لا يسقط والولاء ثابت لـهُ ، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة» .

والـثـانـى : أنَّ الولاء يسـقط ولا يثبت ، وهـو قول سحنون فـى غير «المدونة» .

وعلى القول بأنَّهُ يكون فوتًا ، تُرد إليـه فى اليسير والعسير ، قولان فى الكتاب :

أحدهـما : أنَّهُ تُرد إليه فى اليسر ، ولا تُرد إليه فى العسر ، وهو قول ابن القاسم وأشهب .

والثانى : أنَّها تُرد إليه فى الحالتين ، وهو قول أشهب وابن عبد الحكم، وهذا كُلَّهُ ما لم يثبت إقراره فى المسيس ببيِّنة قبل البيع .

وأمَّا إن ثبت ، فلا خـلاف أنَّها [ترد] [١] فى اليُسر والعُـسر ، ويبيع بالثمن ، والـولد يلحق به بكُلِّ حـال ، ويُرد مقدار منابته مـن الثمن ، إن كان له حصة من الثمن ، ويتبع بها فى العسر .

واختلف فى قدر حصَّته من الثمن ، متى تُعتبر باختلاف حالاته:

فإن كان معها يوم الصفقة ، فبقدما يصح لهُ من الثمن .

---

(١) سقط من أ .

فإن كانت به حاملاً يوم الصفقة ، ثم [وضعته][1] : فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ يرد قيمتهُ يوم الولادة [وبه قال ابن القاسم . وليس][2]، كذلك المستحقة .

والثانى : أنَّهُ يرد قيمته يوم أقر أن لو كان على تلك [الحالة][3] يوم الوضع ، وهى رواية يحيى ابن عمر عن بن القاسم ، وهذه كله إذا كان معها ولد.

وأمَّا إذا لم يكن معها ولد ، وقد اعترف بعد بيعها بأنَّها ولدت منهُ ، فإن أعتقها البائع فلا ترد ، وهو قوله فى كتاب«أمهات الأولاد» (ق٢٣٠ أ)

فإن لم يعتقها ، فهل ترد على المُشترى أم لا ؟ [فالمذهب][4] على قولين منصوصين فى كتاب الآبق من « المدونة » و« الواضحة » و « العُتبية» .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا استلحق ولدًا لم يُولد عنده ، ولا علم أنَّهُ وطئ أمة بملك ولا بنكاح ، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إمَّا أن يتبين صدقه ، فيصدق اتفاقًا .

وإمَّا أن يتبيَّن كذبه ، فيُكذَّب اتفاقًا ، مِثل : أن يستلحق ولدًا جيء به من بلاد ، يعلم أنَّهُ لم يدخلها قط .

وأمَّا إن أشكل أمره ، فلم يتبيَّن صدقهُ ولا كذبهُ ، فالمذهب **على قولين**

---

(١) فى أ : وضعت .
(٢) سقط من أ .
(٣) فى ع ، هـ : الهيئة .
(٤) سقط من أ .

قائمين من « المُدونة » :

أحـدهمـا : أَنَّهُ لا يُصدَّق ولا يُلحق به ، وهو تـأويل بعض المتأخرين على « المـدونة» ، من قولـه : « إذا عرف أَنَّهُ لم يـدخل تلك الـبلاد : لم يُصـدق فقال :[فـكذلك لا يـصدق مع الإشـكال أيضًـا كما لـو عرف . والثانى: أنه يصدق فـيلحق به الولد] [١] حتى يتبين كـذبهُ » ، وهو ظاهر قوله فى « الكتاب» : « إذا لم يكن له نسب معروف ، فإِنَّهُ يُلحق به» .

والقولان : قد نبَّه عـلى استقرائهما بعض حُذَّاق المُـتأخرين ، وموضع استـقرائـهما ظـاهر ، والقـولان منـصوصان عـن مالك فـى « كتـاب ابن سحنون»، قال مرة : « إذا لـم يكن [له نسب] [٢] معروف ، ولا تـبيَّن كذب الأب : لحق به ، وإن لم يعرف أَنَّهُ ملك أمة أو تزوَّجها» .

وقال مـرة : « لا يلحـق حتـى يُعرف أَنَّـهُ [قد] [٣] مـلـــك أمـة أو تزوجها»، وبه أخذ ابن القاسم .

والجواب عن الوجـه الثالث : إذا استلحق ولدًا فـى ملك غيره ، وقد أعتقه من هو فى يديه أم لا ، هل يُلـحق به إن أكذبه الحائز لرقه أو لولائه؟ فقولان لابن القاسم :

أحدهما : أَنَّهُ لا يلحق به ، وبه قال ابن القاسم فى « المدونة» .

والثانى : أَنَّهُ يلحق به ، وبه قال أشهب [والحمد لله وحده] [٤] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : لهما سبب .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الخامسة

فى القافة : والقافة مِن مدارك معارف البشرية ، ومن غرائب نتائج المعرفة ، متميزة من فنون الكهانة ، ومترقية عن قوانين النجامة .

وحقيقتها : اقتفاء الشبهة لتخايل الخلقة ، وهو علمٌ خص اللهُ بهِ آحادًا أو أفرادًا مِن العباد ، وهى سنة دائمة إلى يوم التناد ، وكان الحُكم بها فى الجاهلية ، فأقرها الشرع فى سائر الأزمان من مواضح البرهان .

والدليل على ذلك : حديث ابن شهاب عُروة عن عائشة رضى الله عنها أنَّها قالت : دخل رسول الله ﷺ مسرورًا تبرق أسارير جبهتهُ ، قال **«ألم تسمعى ما قال محزز [ق/ ٢٠٣جـ] المدلجى لزيد وأسامة ، ورأى أقدامهما ، فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض »** .

فوجه الدليل مِن الحديث : أنَّ رسول الله ﷺ قد فرح مسرورًا لقولها، حتى برقت أسارير جبهتهُ ، ولا يفرح النبى ﷺ إلا بالحقِّ ، فدلَّ على أنَّ القافة دليلٌ يُعمل بهِ ، ويجب المصير إليه ، عند تعذر الفراش الصحيح الذى هو دليل على صحة الإلحاق ، وقد قضى بها عمر رضى الله عنهُ بمحضر خير القرون ، وقد روى [١] مالك عن سليمان بن يسار : أنَّ عمر ابن الخطاب رضى الله عنهُ كان يليط أولاد الجاهلية لِمن ادّعاهم فى الإسلام، فأتى رجلان كلاهما يدَّعى ولد امرأة ، فدعا قائفًا ينظر إليهِ ، فقال القائف: « فقد اشتركا فيه » ، فضربهُ عمر بالدرة ثُمَّ دعى [ق/ ٩٢هـ] المرأة ، فقال لها : « أخبرينى خبرك » ، فقالت : « كان هذا [لأحد] [٢]

---

(١) أخرجه مالك فى الموطأ (١٤٢٠) والبيهقى فى السنن الكبرى (٢١٠٥٠) .

(٢) فى أ : لإحدى .

الرجلـين ، يأتينـى [وهى] [١] فى إبلٍ لأهلـها ، فلا يُفارقها حـتى يظن وتظن أنها قد استمرَّ بها حمـل ، ثُمَّ انصرف عنها ، [فأهريقت][٢] علـيه دمًا، ثُمَّ خلفَ [عليها] هذا « تـعنى الآخر » ، فلا أدرى مِن أيهما هو ، فكبر القائف ، فقال عمر للغلام : « وإلى أيَّهما شئت »،فقال [حكم][٣] بذلك عمـر بن الخطاب [رضى اللـه عنه] [٤] بمحضـر جماعة الصـحابة [رضى الـله عـنهـم] [٥] مِن غيـر إنكار من واحـدٍ منهم ، فـصار ذلك كالإجماع .

وبهذا قال مِن فقهاء الأمصار مالك والشافعى وأحمد بن حنبل وأبو ثوْر والأوزاعى .

وعلى الجملة فالناس فى القول بالقافة على ثلاثة مذاهب :

أحدهـا : القول والعمل بمقتضاهُ ، وبـهِ قال من ذكرنا ، ودليلهم : ما تقدَّم .

والـثانـى : أنَّهُ لا يجوز العمل بالقـافة ، وأنَّ الولد إذا تداعاهُ اثنان أو أكثر، فإنَّهُ يُقضى بهِ لمن ثبت لهُ الفراش ، وإن لم يكُن هناك [فراش] [٦]: كان بينهما ، وكذلك إذا اشتركا فـى الفراش ، وهو مذهب الكوفيين وأكثر أهل العراق ، وحُجتهم : ما خرّجه مالك وغيرهُ مِن أئمة الحديث مِن طريق عائشة رضى الله عنها أن رسول الله ﷺ قال : « **الولد للفراش ، وللعاهر**

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : فهريقت .
(٣) سقط من أ .
(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٥) زيادة من جـ ، ع ، هـ .
(٦) سقط من أ .

الحجر » ، فإذا عُدم الفراش أو اشتركا فى الفراش : كان الولد بينهما ، وكأنَّهم رأوهُ فى ذلك بقَّوة شرعية لا طبيعية ، وقالوا : « فإنَّهُ يلزم مَنْ قال: أنَّهُ لا يمكن [أن يكون] (١) ابنًا واحدًا من أبوين بالعقل ، إذ لا يجوز [وقوع] (٢) ذلك [ق/ ١٣٠ع] فى الشرع ، لاستحالة ورود الشرع بخلاف ما فى العقل » ، وروُى مِثل قولهم عن عمر رضى الله عنهُ.

والثالث : أنَّهم يقترعون فيه ، فمن وقعت [عليه] (٣) قُرعتهُ : فإنَّهُ يكون ابنًا له ، ويغرم للباقين قدْر مالهم فيهِ على حساب الدِّية فى مذهب أهل الظاهر وجماعة مِن أهل الحديث .

وحُجَّتهم : حديث ذكرهُ أبو عمر بن عبد البر أنَّهُ رواه [الثورى] (٤) عن صالح بن خير عن الشعبى عن زيد بن أرقم ، قال : كان على بن أبى طالب رضى الله عنهُ باليمن ، فأُتى بامرأة وطئها ثلاث أُناسٍ فى طهرٍ واحد، فسأل كُلُّ واحدٍ منهم أنَّ يُقَّر لصاحبِه بالولد ، فأبى فأقرع بينهم ، وقضى بالولد للذى أصابتهُ قُرعتهُ ، وجعل عليهِ ثُلُثى الدّية ، فرُفع ذلك إلى النبى ﷺ أعجبهُ وضحك حتى بدت نواجذهُ » .

فقالوا : إنَّ فى هذا الحديث نفى الحكم بالقافة ، وإلحاق الولد بالقُرعة.

وسبب الخلاف : إجماع السكوت ، هل يكون حجَّة أم لا ؟

فمن جعلهُ حُجَّة ، قال : بوجوب العمل للقافة ، وهو الصحيح وربُّك أعلم .

فإذا ثبت ذلك ووطئت امرأة فى طُهرٍ واحد ، فتأتى بولد لستة أشهر

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى هـ : الترمذى .

مِن يوم وطئها ، **فلا يخلو الواطئان مِن ثلاثة أوجه :**

أحدها : أنْ يكونا حَيَّين .

والثانى : أنْ يكونا مَيِّتين .

والثالث : أن يكون أحدهما حيًا والآخر ميتًا .

فأما الوجه الأول : إذا كانا حَيَّين ،فلا يخلو وطؤهما مِن خمسة أوجه:

إما بنكاحٍ منهما جميعًا .

أو بملكٍ منهما .

أو أحدهما بنكاح والآخر بملك .

أو أحدهما بنكاح والآخر بزنا .

أو أحدهما بملك والآخر بزنا .

فالجواب عن الوجـه الأول من الوجه الأول : إذا كان وطؤهما جـميعًا بنكاحٍ ، فإنَّهُ يُنظر :

فإن أتت بولد لأقل مِن ستة أشهر مِن يوم وطئ الثانى ، فهو للأول إذا أتت بهِ لستة أشهر مِن يوم وطئهُ .

وإن أتت بهِ لستة أشهر فـأكثر مِن يوم وطئ الثانى ، فالولدُ بهِ لاحق ، وإن كان وطؤه إياها بعد حيضة.

فإن وطئهـا قبل الحيضة ، هل يُلحق بالأول لصحـة فِراشهِ أو يُدعى لهُ القافة ؟ **فعن مالك فى ذلك قولان :**

والمشهور [عنه] (١) [نفى] (٢) القافة فى الحرائر ، وهو نصٌّ قوله فى

(١) سقط أ .

(٢) فى هـ : بغير .

« المُدوّنة » ، حيث قال : « وإنَّما القافة فى الأمة يطؤها السيدان فى طهر واحد » .

وسبب الخلاف : الحُكم بالقافة ، هل هو مقصور على ملك اليمين أو يتعدى بهِ إلى النكاح ؟

فمرةً [قال] (١) : أنَّهُ يتعدَّى بهِ لثبوت العمل بالقافة ، وقبول قول القائف فى لُحوق النسب بأحد الواطئين ، وثبوت نسبة منهُ بذلك : هذا أمرٌ يستوى فيه الملك والنكاح .

ومرةً رأى أنَّ الحكم بالقافة [يُقضى] (٢) به فى الملك ، ولا يتعدَّى إلى النكاح ، لأنَّ الأمة يُمكن أن تكون فراشًا لسيِّدين لصحة الاشتراك فى الأمة، والزوجة لا يصح أن تكون فِراشًا لزوجين ، لاستحالة وجود المقتضى فى ذلك ، فكون الزوج الثانى ترك البحث حتى أُوقع النكاح فى زوجة الغير ، أو [فى] (٣) العدة ليس ممَّا يقدح فى فِراش الأول .

ووجهٌ آخر أنَّ الولد فى النكاح لا يُنفى إلا بِلعان ، والنفى بالقافة ضرب من الاجتهاد، فلا ينقل الولد من فراش صحيح بالاجتهاد بخلاف [ولد] (٤) الأمة فى ملك اليمين لأنه ينفى لمجرد الدعوى إذا ادعى الأستبراء فلأجل هذا شرع فيه الحكم بالقافة .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كان وطؤها بملك اليمين فى طهر واحد.

---

(١) فى هـ : رأى .
(٢) فى هـ : يقتصر .
(٣) سقط من أ .
(٤) فى أ : ولادة .

فإن وضعــته لأقل من ستة أشــهر من يوم وطئها الثــانى فلا خلاف أنه للأول وتقوم عليه وتكون له أم ولد على تفـصيل [سيأتى] (١) فى ذلـك بيانه فى وطء أحد الشريكين أمة بينهما .

فإن وضعته [لأقل من ستــة أشهر من وطئها الثانى] (٢) لستــة أشهر فأكثر **فلا يخلو من ثلاثة أوجه :**

إما أن تـكون بين حرين مـسلمين . أو بين حر وعـبد . أو بين مـسلم ونصرانى .

فإن كانت [بين] (٣) حرين مسلمين **فلا يخلو من وجهين :**

أحدهما : أن يكونا فيها شريكين .

أو أحدهما بائع والآخرِ مشترٍ .

فإن كانا شــريكين فلا يخلو من أن تضع ولدًا [واحدًا] (٤) أو توأمــين فإن وضعت واحدًا فلا يخلو من أن يكون حيًا أو ميتًا .

[فإن كان ميتًا] (٥) فهل تدعى له القافة أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحـــدهـــمـــا : أنَّهُ لا قــافة فــى الأموات ، وهو قــول ابن القــاسم فى «العُتبيَّة» .

والثـــانى : أنهُ يدعى لهُ القافــة ، ولا يغير الموت شخـصهُ ، وهو قول

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ ، هـ .

سحنون فى « العُتبِيَّة » .

فإن وضعت واحدًا ، وكان حيًا : فإنَّهُ يدعى لهُ القافة ، فهل يكتفى [فى ذلك بقائف أولا بد من الاثنين ، **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنه يكتفى بقائف واحد .

والثانى : أنه لابد من اثنين] [١] وهو المشهور عن مالك ، وبه قال الشافعى رضى الله عنهُ .

وسبب الخلاف : هل طريقها طريق الشهادة ، ثُمَّ لابُدَّ فى ذلك ،مِن اثنين ، أو طريقها طريق الإخبار ، فيكتفى فى ذلك بواحد بعد اتفاقهم على أنَّهُ لا يكون إلا عدلاً .

فإذا دعى لهُ القافة ، **فلا يخلو مِن أربعة أوجه :**

أحدها : أن يلحقوهُ بواحدٍ منهما .

والثانى : أن يلحق بهما جميعا .

والثالث : أن يشكل على القائف أمرهُ .

والرابع : أن ينفيه عنهما جمعيًا .

فإن ألحقهُ بواحد منهما : فإنَّهُ يلحق [به] [٢] ويثبت نسبه منه ، وتكون أمه أُم ولد لهُ ، ويغرم نصف قيمتها يوم الحمل لشريكهِ ، ولا [يحمل] [٣] عليهِ فى الولد على الخلاف فى التقويم ، متى تعتبر فى وطء أحد الشريكين .

فأمَّا إن ألحقتهُ القافة بهما جميعًا ، فقد اختلف [فيه] [٤] **المذهب على**

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : شيىء .

(٤) سقط من أ .

أربعة أقوال :

أحـدهـا : أَنَّهُ يـوالى [إذا] [١] كبر أيهما شـاء ، وهو قول مالك فى «المُدونَّة » .

والثـانى : أَنَّهُ يلحق بأوضحهم شـبهًا ولا يترك ، وموالاة من أحب ، وهو قول مطرف وعبد الملك وابن نافع فى كتاب « ابن حبيب » .

والـثـالـث : أَنَّهُ يلـحق بالأول إنْ عُرف ، (ق / ٢٣١ أ) وإن جُـهل يلحق بأكثرهما شبهًا ، وهو قول محمد بن مسلمة .

والرابع : أنَّ الولد يبقى ابنًا [لهما] [٢] جميعًا ، ولا يُوالى واحدًا دون الآخر ، وهذا القول حكاهُ [سحنون] [٣] فى « العُتبيَّة » .

وسبـب الخلاف : [هـل] [٤] قول القافة يُفيد الـعلم واليقين ، ثُمَّ لا يجوز لـلابن إذا كبُر موالاة مَـن شاء منهما ، لمـا فى ذلك مِن قطـع نسب الآخر عنهُ بعد ثبوتـهِ أو إنَّما يُفيد غلبة الظن ، فيجوز لـلولد أن ينتهى إلى واحدٍ يختـارهُ ، ويتخذ لهُ بنوتَّـهُ لما فى الانتساب إلـى كليهما مِن مـخالفة المُعتادَ ، فـى كون الولد الواحد لهُ أبـوان ، مع ما يلحق الابن مِـن التبرى بذلك .

فإذا انتهى إلى واحدٍ منهما ، فقد قطع مادة الطعن عن نفسه ، قال الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى ﴾ ، فأشار إلى اتخاذ الأُبوَّة .

وعلى القول بأنَّهُ يُوالى إذا كبر مَنْ شاء منهما .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من هـ .

(٣) فى أ : ابن سحنون .

(٤) سقط من أ .

فإن مات أحد الواطئين قبل أن يبلغ الصبى ، وقف لهُ سهمه من ميراثه، إن والى الميت كان لهُ الميراث ، وإن والى الحى ردَّ المال [الموقوف](١) إلى ورثة الميت ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » ، لأنَّ الصبى لو مات ولهُ أبوان ، وقد سبقهُ أحدهما بالموت ، فَوَرَثَتُهُ يقومون مقامهُ .

والثانى : أنَّهُ يرد ما وقف مِن مال الميت إلى ورثته ثُمَّ يرثهُ الباقى ، وهو قول أصبغ .

وسبب الخلاف : هل حياة الباقى بعدهُ كموالاته إياهُ أم لا ؟

فإن مات الصبى قبل بُلُوغهِ [وهما] (٢) حيان، فميراثهُ بينهما نصفان .

فإن مات الأبوان قبل أن يبلغ الصبى ، ويُوالى مَنْ شاء منهما [فإنه يوقف له قدر ميراثه من كل واحد منهما . فإذا بلغ يوالى من شاء منهما](٣)، ويرثهُ ويردُّ ما بقى للآخر ، ويكون لورثته ، وهو قول عبد الملك فى« العُتبيَّة»، وقال أصبغ:«يرث مِن كُلٍّ واحد نصف ميراث ولد » .

وأمَّا إذا أُشكل أمرهُ على القائف ، فذلك كما لو قال : قد اشتركا فيه.

وإنما دخل عليهِ الإشكال لتناسب الأشباه مِن الطرفين .

وأمَّا إذا قالت القافة : « ليس لواحدٍ منهما » ، **ففى ذلك قولان** :

أحدهما : أنَّهُ يدعى [له] (٤) قافة أخرى ، هكذا [ق / ١٣١ ع] أبدًا ، لأنَّ القافة [إنما] (٥) دُعيت لتُلحق لا لتنفى ، وهو قول سحنون فى

---

(١) فى أ : الموقف .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

« العُتبيَّة » .

والـثـانـى : أنَّهما فيـهِ شُركاء ، وهذا القول حكاهُ الشـيخ أبو إسحاق التونسى ، ولم يُسم قائلهُ .

وعلى القول بأنَّهُ لا يُلحق بواحدٍ منهما إلا بقافة أُخرى .

فإن مات الأبوان أو أحـدهما قبل أن يُدعـى لهُ قافة فميـراث من مات منهم لورثتهِ ، ولا يرث الابن منهما شـيئًا ، لأنَّهُ ميراثٌ بالشك ، لاحتمال أن يكون الولد مِن [غيرهما بسفاح] (١) .

وإن مات الابن ، فلا يخلو مِن أن يترك أولادًا أم لا ؟

فإن لم يترك ولدًا ، فميراثهُ لهما جميعًا ، لأنَّ الولد لم يخرج عنهما ، ولم يدعه غيرهمـا بشكٍ ولا بيقين ، كمال تداعياهُ ، ولم يـدعه غيرهما ، وهو قول عبد الملك فى « العُتبيَّة » .

فإن ترك ولدًا أو أولادًا ، فإنَّهما يكون لهما [معهم] (٢) السُدُس .

فإن ألحقهُ القافة بهما ، ثُمَّ مات قبل أن يبلغ ، ويُوالى مَن شاء منهما ، على القول بأنَّ ذلك سائغٌ لهُ ، وترك [ولدًا أو] (٣) أولادًا .

[فإن ترك ولدًا فإنه يوالى من شاء مـن الجدين كما كان للأب أن يوالى من شاء منهما] (٤) .

فإن ترك أولادًا، فهل يجوز لكلٍّ واحدٍ منهما موالاة مَنْ أحبَّ [منهما](٥) أم لا ؟

---

(١) فى أ : غير سفاح .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

أحدهـما : أنَّهُ لا يجوز لهما إلا مـوالاة واحد مِن الجدين ، ولا يُوالى هذا واحدًا [وهـذا واحدًا] (١) [كما لـم يكن] (٢) لأبيهما أن يُـواليهما جميعًا ، وهو قول سحنون فى « النوادر » .

والثانى : أنَّهُ يجوز موالاة كُل واحدٍ منهما مَن أحبَّ مِن الجدَّين ، كما لو ولدت تـوأمين ، فإنَّهُ يـجوز لكلٍّ واحـدٍ منهمـا أن يُوالى مَنْ شـاء مِن الأبوين .

وأمَّا إن [ق / ٩٣هـ] ولدت توأمين ، فإنَّهما يُدعا لهما القافة أيضًا .

فإن ألحقهما القافة بأحد منهـما أو قالت : « قد اشتركا فيهما » ، كان الحُكم على ما قالت القافة .

وإن لحقت الـقافة كُل واحـدٍ منهمـا بالآخر ، وقال : هـذا ابن هذا ، **فالمذهب على قولين :**

أحدهـما : أنَّهُ لا يجوز ، ويُعاود النظر فيهـما لهذه القافة أو لغيرها ، وهو قول عبد الملك .

والـثانـى : أنَّ ذلك جائز ، ويكون كُل واحدٍ منـهما ابنًا لمن لحق به ، وهو قول سحنون .

ثُمَّ ينظر [إلى] (٣) الواطئ منهما أولاً :

فإن كان مُوسرًا ، كانت لهُ أُم ولد ، [وعليه نصف قيمتها يوم حملت وله على الثانى قيمة الولد جميعه وإن كان معسرًا كان] (٤) عليهِ نصفُ قيمةِ

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : عما كان .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

الولد للثانى ، وهل لهُ على الثانى مِثل ذلك ؟ قولان :

أحدهما : أنَّ لهُ على الثانى مِثلُ ذلك .

والثانى : أنَّهُ لا شىء لهُ عليهِ ، والقولان حكاهما اللخمى .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى الأمة ، هل تُعتق عليهما بنفس الحمل [من الثانى فإن وطأها عليهما حرام أو لا تعتق إلا بالحكم ؟ فمن رأى أنها تعتق بنفس الحمل] (١) ؟

قال : لا شىء على الثانى مِن قيمة الولد .

ومن رأى أنَّها لا تعتق إلا بالحُكم ، قال : للأول عليهِ نصفُ قيمة الولد ، وهذا كُلَّه إذا كانا شريكين .

فأمَّا إذا كانا مُتبايعين ، فوطئها البائع ، ثُمَّ وطئها المشترى فى طُهر واحد .

[فإن أتت] (٢) بولد لأقلَّ مِن ستة أشهر مِن وطء المُشترى : فإنَّهُ يُلحق بالبائع ، والأمة أُمُّ ولدٍ لهُ ، ويُفسخ البيع .

واختلف إن ماتت قبل الوضع ، ممن ضمانها ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنَّ ضمانها مِن البائع ، والأصل استصحابهُ حتى تخرج مِن الاستبراء ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والثانى : أنَّ الضمان منهما جميعًا ، ماتت قبل ستة أشهر أو بعدها ، وهو [قول] (٣) سحنون فى الكتاب المذكور ، لأنَّهما أصابا فى طُهرٍ

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فأتت .

(٣) فى هـ : مذهب .

واحد، وحصل الامتزاج بين المائين ، وماتت قبل [أن] [١] يتبين من أيِّهما كان الحمل ، وقد وجب الفداء بنفس الوطء ، والأصل استصحابهُ عليهما حتى يتبين البراءة منهُ لأحدٍ منهما .

ويكون على المُشترى على هذا القول الأكثر مِن نصف قيمتها يوم الوطء أو نصف الثمن إن وضعتهُ لستة أشهر فأكثر .

فإن [مات] [٢] قبل نظر القافة ، هل يُدعى لهُ بعد موتهِ أم لا ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما : أنَّهُ لا يدعى لهُ القافة ، إذْ لا قافة فى الأموات ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

والثانى : أنَّهُ يُدعى لهُ القافة ، إذْ لا يُغير الموت شخصهُ ، وهو قول سحنون فى « العُتبيَّة » .

فإن عاش ، فإنَّهُ يدعى لهُ القافة :

فإن ألحقتهُ بالبائع ، كان ابنًا لهُ ، ويُفسخ البيع .

وإن ألحقتهُ بالمُشترى ، لزم البيع وكانت الأمة أُم ولدٍ لهُ .

فإن قالت القافة « قد اشتركا فيه » : عجل عِتق الأمة [الآن] [٣] ، إذ لا يحلُّ وطء واحدٍ منهما ، لأنَّ نصفها أُم ولدٍ [لكل واحد] [٤] منهما ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : ماتت .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : لواحد .

ويغرم المُشتـرى للبائع نصف الثمن ، وينتظر بالصـبى حتى يبلغ ويُوالى مَنْ شاء منهما .

فإن مات قبل البلوغ ، والموالاة : ورثاهُ جميعًا على حسبِ ما قدَّمناهُ .

فإن مات أحد الأبوين ، وقف لهُ ميراثهُ منهُ .

فـإن مات الصـبى قـبل بُلوغـهِ ، فـهل يرثهُ ورثة الأب الميت أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهـما : أنَّ [ورثـة] (١) الأب الحى [يرثوه] (٢) دون ورثـة الأب الميت ، ويرد ما وقف لهُ مِن تركة الأول إلى ورثتـهُ ، وهو قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » ، وبهِ [قال] (٣) ابن عبد الحكم .

والثـــانى : أنَّ مـيراثـهُ بين الباقى مـن الأبوين وبين ورثة الأب الميت [نصفين] (٤) ، [ويضم ماله مع وقف له] (٥) ، فيُقسمُونهُ بينهم أنصافًا ، وهو قول سحنون فى « الكتاب المذكور » .

ثُمَّ إن مات الباقى [مِن] (٦) الأبوين ، فوقف لهُ ميراثهُ منهُ ، ثُمَّ مات الصبى قبل أن يُوالى ، فـهل يُورث عنهُ ما وقف لهُ مِن الأبوين مع ما ترك أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

---

(١) سقط من أ .
(٢) فى أ : يرثه .
(٣) فى ع ، هـ : أخذ .
(٤) سقط من أ .
(٥) في أ : ويرد ما وقف له من تركه الأول .
(٦) في هـ : بين .

أحدهما : أنَّهُ يورث عنهُ جميعًا ، ويرثهُ [ورثة الأبوين] [١] ، وهو قول سحنون .

والثانى : [أنه] [٢] لا يورث عنهُ ما وقف لهُ من الأبوين ، بل يُرد إلى ورثة كُل واحدٍ منهما ، وميراث الصبى لمن يرث الأبوين ، نصفٌ لكلٍّ فرق منهما ، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم فى « العُتبيَّة » .

واختلف على مَن تكون نفقتهُ إلى بلوغهِ : **على قولين** :

أحدهما : أنَّ النفقة على الواطئين جميعًا ، فإذا بلغ الصبى ووالى أحدهما لم يرجع المنفق على الملتحق بهِ بشىء ممَّا أنفق ، وهو قول عيسى ابن دينار فى « العُتبيَّة » .

والثانى : أنَّ النفقة على المُشترى ، فإذا بلغ ووالى البائع ، رجع عليه المُشترى بما أنفق ، وهو قول أصبغ فى « العُتبيَّة » .

وأمَّا إذا كانت بين حُرٍ وعبد ، فوطآها فى طهرٍ واحد ،فإنَّهُ يُدعى للولد القافة أيضًا .

فإن ألحقتهُ بالحُر كان ولدهُ وأُمهُ أُمَّ ولدٍ لهُ ، وعليه نصفُ قيمة الأُم وحدها إن كان مُوسرًا ، وإن كان مُعسرًا : كان الخيارَ لسيِّد العبد بين أن يتماسك بنصف الأمة لعبدهِ ، ويتبع الحُر بنصف قيمة الولد ، لأنَّ الولد للسيِّد .

فإن قُوِّم عليهِ نصفُ الأمة ونصفُ الولد ، فما ناب الولد مِن القيمة فلسيِّد العبد ، وما ناب الأمة مِن القيمة فللعبد .

---

(١) في أ : الأبوان .

(٢) سقط من أ .

واختلف هل يُتبع بذلك فى الذمَّــة أم يُباع عليهِ [النصف] [١] المقــوم على ما يأتى بيانهُ فى مسألة : وطء أحد الشريكين » إن شاء الله ؟

فإن ألحقتهُ بالعبد ، كان الخــيارُ للحُر ، لأنَّ إيلاد العبد لا حرمة لهُ فى أُمهات الأولاد :

فإن شاء تماسك بنصفهِ ، وكان لهُ نصفُ الأمة ونصف ولدها رقيقًا .

وإن شــاء قوَّم الأمــة ، ثُمَّ لا يخلو العــبد حين الـتقــويم مِن أن يكون مُوسرًا أو مُعسرًا :

فإن كان مُوسرًا : أُخذ مِن مالهِ نصف القيمة للحُر .

وإن كان مُعسرًا : بيعت الأمة [فى نصف قيمتها يوم الوطء ، ولا يُباع معها الولد إنْ لم يفِ ثمنُها بنصف القيمة ، لأنَّ الولد] [٢] ليس بمال العبد [وإنما هو للحر . **واختلف فيمن عجز عن ثمن قيمة نصفها على قولين:**

أحدهما : أن ذلك جناية ويكون فى رقبة العبد] [٣] ويُخيَّر سيِّدهُ بينْ أن يفديهِ أو يُسلمهُ ، وهو قول سحنون فى « العُتبيَّة » .

والثانى : أنَّهُ لا يكون كالجناية ، لأنَّهُ مأذونٌ لهُ فى الوطئ بملكِ اليمين كالحُر ، فــيكون ذلك فى ذمَّتهِ لا فى رقــبتهِ ، وهو قول [مــحمد بن] [٤] عبد الحكم فى « المنتخبة » .

فإن قالت القافة: [٥] قد اشتركا فيهِ ، هل يقوم على الحُر نصيب العبد مِن الولد والأُم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** [ق / ١٣٢ ع] :

---

(١) سقط من أ .
(٢) بياض فى هـ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ .

أحدهما : أنَّهما يقومان عليهِ ، ويغرم نصف قيمة الولد للسيد ، ويعتق عليهِ جميعهُ ، ويغرم نصف قيمة الأمة للعبد ، ويحلُّ لهُ وطؤها، وهو قول الغير فى كتاب أمهات الأولاد مِن « المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يقوَّم الولد ولا الأُم ، ويكون نصفُ الولد ونصفُ الأُم عتيقًا مِن الآن ، فإذا بلغ ووالى الحُر : لحق بهِ ، (ق / ٢٣٢ أ) وغرم نصف قيمته للسيِّد ، وإن والى العبدُ لحق به نصيبهُ ، وكان نصفهُ حرًا ولا يقوم عليهِ بقيمتهِ ، لأنَّهُ لم يبتدأ عتقًا ، وإنَّما هو عتق سنة كما لو ورثا نصفهُ .

وأمَّا الأُم :

فإن والى الحُر ، كانت لهُ أُم ولد ، وغرم نصف قيمتها .

وإن والى العبد ، كانت [أمة] [1] بينهما ، إذ لا حُرمة لإيلاد العبد ، ويرجع عليهِ [الحر] [2] بما نقصتها الولادة ، أو يقومها عليهِ إن كان النُقصان كثيرًا .

وإن مات الولد قبل الموالاة ، كان نصيب العبد مِلكًا لسيِّده ، وهو قول أصبغ .

وعلى القول بأنَّها تقوم على الحر ، هل تكون أُم ولد بذلك الولد أو لا بُدَّ مِن إيلادٍ ثان ؟ قولان قائمان مِن « المُدوَّنة » منصوصان فى المذهب .

وأمَّا الوجه الثالث : إذا كانت بين مسلمٍ ونصرانى ، فإنَّهُ يُدعى للولد القافة أيضًا :

---

(١) فى أ : الأمة .

(٢) فى أ : العبد .

فإن ألحقتهُ بالمسلم لحِق بهِ وغرم للنصرانى نصف قيمة الأُم .

وإن ألحقتهُ بالنصرانى ، كان ابنًا لهُ وعلى دينهِ ، ويُوارثهُ [وينتسب][1] إليهِ ، ويغرم نصف قيمة الأُم للمسلم مُسلمـة كانت أو كتابتة ، غير أنَّها إن كانت كافرة أقرت عندهُ ، وإن كانت مسلمة عُتقت عليهِ .

فإن قالت القـافة : قد اشتـركا فيهِ كانت الأُم مـعتقة عليـهما ، والولد موقوف حتى يبلغ فيُوالى مَن شاء منهما .

فإن والى المسلم ، كان لهُ ولد .

وإن والى الكافر ، كان ولده ، ولا يكون الولد إلا مُسلمًا .

فإن مات الأبوان أو أحدهما قبل أن يبلُغ ، وُقِّف لهُ ميراثهُ منهما .

فإذا بلغ ووالى مَن أحبَّ منهمـا : ورثهُ ، وردَّ ميراثهُ مِن الآخر ، ولا يكون إلا مُسلمًا .

وإن مات قـبل أن يبلغ رد مـا وُقِّف لهُ مِن المال إلى ورثة مَن وُقِّف مِن تركتهِ .

فإن ترك مالاً وُقف وُهب لهُ ، كـان نصفهُ لعصبة أبيـهِ المسلم بعد أخذ ذوى الفروض فروضهم إن كانوا ، ونصفهُ لعـصبة أبيهِ النصرانى إن كانوا ، وإلا فلبيت المال .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا وطئ أحدهما بنكاح والآخر بملك :

فإن كـان الوطىء بنكاح ثُمَّ مِلك ، كـان الوطء بالنكاح مِن الطرفين ، وقد تقدَّم الكلام عليهِ .

فـإن كـان بملكٍ ثُمَّ نكـاح ، هل يغلب حُكم الملك علـى النكاح وهو

(١) فى أ : وينسب .

المشهور ، فيكون كالملكين أو يغلب حكم النكاح على الملك فيكون [كالنكاحين] (١) : وهو الأضعف .

والجواب عن الوجه الرابع : إذا كان بنكاح وزنا :

فإن كان بنكاح ثُمَّ زنا ، فالولد لاحق بالزوج إلا أن ينفيهِ بلعان .

وإن كان بزنا ثُمَّ نكاح ، هل يُلحق بالزوج أم لا ؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما : أنَّهُ يُلحق بفراش الزوج ، تقدّم أو تأخَّر ، وهو الصحيح : لقولهِ عليهِ السلام : « الولد للفراش » .

والثانى : أنَّهُ يُدعى للولد القافة ، كما لو كان مِن مِلك اليمين جميعًا .

وسبب الخلاف : مُعارضة القياس للحديث ، وظاهر قوله عليهِ السلام: « الولد للفراش » ، سواءٌ تقدَّم أو تأخَّر والقياس : يقتضى أن يُدعى لهُ القافة إذا كان الزنا أولاً ، لتعلق حقّ الواطئ ، بتصحيح نَسَبِه حتى لا يُنسب إليه غيرُ ولدهِ ، مع الاحتمال أن يكون الولد مِن مائه السابق إلى قرار الرحم فجاز . فكان الحُكم يُوجب القافة دفعًا للاحتمال ، وقطعًا للريبة كما حكم به عمر رضى الله عنهُ .

والجواب عن الوجه الخامس : إذا كان بملكِ اليمين والزنا .

فإن كان الوطء بالمِلك [أولاً ثُم بالزنا آخرًا ألحق الولد بالملك دون الزنا لأن الوطء بالملك لا لعان فيه والوطء بالزنا لا قافة فيه فوجب أن يكون الواطئ بالملك أحق] (٢) ، وإن كان الزنا [أولاً] (٣) ، فهل يُدعى للولد

---

(١) فى أ : كالناكحين .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

القافة أم لا ؟ ويُلح بالسيِّد قولان :

والجواب عن الوجه الثانى مِـن أصل التقسيم : إذا كان الواطئـان ميتين قبل نظر القافة ، فلا يخلو القائف مِن [أن] (١) يكون عرفهما أو جهلهما أو عرف أحدهما وجهل الآخر :

فإن عرفهما فى حال الحياة ، فهما كالحيين بلا تفريع .

وإن جهلهما ، هل يـكون ابنًا لهما جميعًا ويرثهـما أو لا يلحق بواحدٍ منهما ؟ **فالمذهب على قولين :**

[أحدهما] (٢) : أنَّهُ يُلحق بهما ويرثهما ، لأنَّهُ لم يخرج عنهما ، ولم تتحقـق فيهِ الإصابة لغـيرهما ، فيُدفـع الولد إليهِ ، والأصلُ الاشـتراك فيهِ لاشتراكهما فى الفراش ، حتى يُوجد البين [بأمارة] (٣) دالة على أنَّ الولد مِن أحد الفراشين ، ويبرأ منهُ الآخر ، وقد ماتا قبل حصول تلك الأمارة ، فلم يبق إلا البقاء على الأصل ، وهو قول أصبغ .

والقول الـثانى : أنَّهُ لا يلحق بواحدٍ منـهما ، ويبقى لا أب لهُ ، لأنَّ حملهُ [ق / ٩٤ هـ] على الاشتراك معَ الاحتمال أن يكون مِن أحدهما أو مِن غيرهما مِـن باب الميراث بالشكِّ ، وباب الميراث بالـشكِّ قد أمر الشارع [ﷺ] (٤) بسده ، وانعقد الإجماع على حسمهِ ﷺ وهو قول ابن الماجشون.

وسبب الخلاف : تعارض الدليلين كما ترى .

فإن عرف القائف أحدهما وجهل الآخر .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : بامرأة . والمثبت هو الصواب .

(٤) زيادة من هـ .

فإن ألحقهُ بِمن عَرفهُ منهما ، فهو ابنٌ لهُ ويرثهُ كالحى على سواء .

فإن برأه منه ، فهل يُلحق بالمجهول أو يبقى لا أب لهُ ؟

فإنَّهُ يتخرّج على الخلاف الذى قدَّمناهُ إذا جهلا جميعًا .

وحقُّ المعروف : المبدى مِن الولد باقٍ فى الأمة رقيقٌ لهُ .

وحقُّ المجهول : يتخرّج على الخلاف فى لحوق الولد به .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا مات أحدهما وعاش الآخر قبل نظر القائف [فإن كان القائف] [1] يعرف الميت : كان الجواب فيهما كالحيَّين .

وإن جهلهُ ، فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه :

إمَّا أن يُلحقهُ بالحىَّ منهما .

أو يبرئهِ منهُ ،

أو قال : لهُ فيه شرك .

فإن قال القائف : « هو منهُ » لحق بهِ ، وكان الحُكم فى العسر واليُسر وما يقوم عليهِ وما لا يقوم ، كما يكون لو كان الميت حيًا ، وقد قدَّمناهُ فى الفصل الأول .

وإن نفاهُ منهُ ، فهل يلتحق بالميت أم لا ؟ على قولين .

وهذا الخلاف كالخلاف الذى قدَّمناهُ بين أصبغ وعبد الملك إذا [ماتا] [2] جميعًا ، وجهلهما القائف حالة الحياة .

وأمَّا إذا قالت القافة : « لهُ فيهِ شرك » ، كان لهُ من الحى نصف الأبوة ، ويرث منهُ نصف ميراثهِ إذا مات ، ولا يرث مِن الميت الأول شيئًا ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كانا .

وإنَّما ورثاهُ مِن الحى نصف الميراث إذا مات ، لاحتمال أن يكون للميت فيهِ شرك، بحيث لو عرفه القائف ، وكان حـيًا لأشركهما فيهِ ، ولم يورثهُ مِن الميت الأول ، لإمكان ألا يكون [له] (١) فيهِ شرك .

فلمَّـا احتمل الأمرين أعـطينا لهُ مِن المـيراث ما لا شكَّ فيهِ فـى ظاهر الأمر، ومعنـاهُ ممَّا هو مشكوك فـيه طردًا للدلالة الـشرعية ، وسرداً للـسنة [المحمدية] (٢) .

والحمد للَّه وحده .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

المسألة السادسة

فى الأمـة بين الشريكـين ، يطأها أحدهمـا ، فـلا يخلو مِن أن تكون حائلاً أو حاملاً :

فإن كانت [حائلاً] (١) فهل تقوم على الواطئ أم لا ؟ **فقد اختلف فيها على خمسة أقوال كُلَّها قائمة مِن « المُدوَّنة »** :

أحـــدها : أنَّ الخيـار فى التـقويم للشـريك الذى لم يُطأ ، وهو نصُّ «المُدوَّنة » .

والثـانى : أنَّ الخيار للواطئ دون شريكهِ ، وهو قولهُ فى كتاب الشركة مِن « المُدوّنة » ، حيثُ قال : « يتـقاومانها والمقـاواة ترجع إلى ما ذكرنا ، لأنَّ الواطئ إن شاء زاد وتلزمُهُ القيمة ، وإن شاء ترك ولا يُخيَّر .

والثـالث : أنَّها تقوم على الواطئ جبرًا مِن غيـر خيار لواحد منهما ، وهو قولهُ فى « الموَّازية » ، وهو ظاهـر قوله فى « المُدوّنة » فى الذى وطئ أمة أُحلت لهُ ، ويُؤخذ أيضًـا مِن وطء الأب أمة ابنهِ ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الشركة » أيضًا .

والرابـع : التفصيل بين أن يكون الواطىء مُوسرًا أو مُعسرًا ، وهو قولهُ فى عتق أحد الشريكين وتدبيرهُ .

والخامس : أنَّها لا تقوم عليهِ أصلا ، وهو قولهُ فيمن وطئ أمة غيره، ويكون وطؤه كالجناية ، وإنَّما عليهِ ما نقصها الوطء .

وعلى القول بالتقويم ، متى تُعتـبر قيمتُها ؟ **فـفى المذهب ثلاثة أقـوال**

(١) سقط من أ .

كُلُّها قائمة مِن « المُدوَّنة » [ق / ١٣٣ ع] :

أحدها : قيمتُها يوم الوطء .

والثانى : يوم الحُكم .

والثـــالث : التخييـــر بين يوم الحُكم ويوم الوطئ ، وهو قول أشهب ، وعليه اختصر أبو سعيد البراذعى .

وعلى القول بتـــخيير الذى لم يطأ ، فإن اخـــتار إسقاط التـــقويم ، فهل يتبـــعه [بما] (١) نقـــصه [الواطـــئ] (٢) [أم لا] (٣) ؟ **قولان قـــائمانِ مِن «المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّهُ لا يتبعهُ شىء ، وهو نصُّ المُدوَّنة .

والثـــانى : أنَّها يتبعـــهُ بما [نقصها]-(٤) الوطء ، وهو قول مـــالك وابن القاســـم فى كتاب « ابـــن حبيب » علـــى ما حكاهُ الشـــيخ أبو محـــمد فى « النوادر » ، وهو اختيار أكثر المتأخرين ، كأبى الحسن وغيره ، وهو قولهُ فى « الكتاب » : فيمن وطئ أمة غيرِهِ ، فنقصها وطؤه .

فهذه خمسة أقوال ، فيتحصَّل فى هذا الوجه عشرة أقوال .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا كانت حاملاً ، فلا يخلو الواطئ مِن أن يكون مُوسرًا أومُعسرًا :

فإن كان مُوسرًا ، فهل تقوم عليهِ أم لا ؟ **قولان** :

أحدهما : أنَّها تقوم عليهِ ، وهو نصُّ « المُدوَّنة » .

---

(١) فى أ : ما .

(٢) فى هـ : الوطء .

(٣) سقط من هـ .

(٤) فى أ : نقصه .

والثـــانى : أنَّها لا تقــوم عليه ، وهذا القــول قائم مِن « المُدوَّنة » مِن مسألة: أحد الشريكين إذا أعتق حصَّتهُ إلى أجل ، حيث قال فى أحد قولى « الكتاب » : « إنَّهُ لا تقوم حصة المُتمسك بالرقِّ ، لأنَّ الذى أعتق حصَّتهُ إلى أجل يُتهم فى استـخراج حصة شريكه مِن يـدهِ بالحيلة ، فالواطىء فى هذه المسألة أشدُّ تُهمة .

وعلى القول بالتقويم ، متى تُعتبر قيمتها ؟ **ففى المذهب خمسة أقوال** :

أحدها : قيمتها يوم الوطء ، وهو قولهُ فى باب القافة .

والثـــانى : قيـمتـها يوم الحمـل ، وهو قولهُ فى المُدوَّنة فى مـسألة الشريكين، وهو قولهُ فى كتاب القذف [أيضًا] (١) .

والثالث : أنَّ الشريك الذى لم يطأ مخير إن شاء قيمتها يوم الوطىء ، وإن شاء قيمتها يوم الحمل ، وهو أحد أقاويل مالك أيضًا ، وهو اختيار ابن الموَّاز وابن لُبابة ، على مـا نقلهُ القاضى أبو الفضل وغيـرهُ مِن المُتأخرين ، وهو تأويل بعض الشارحين على « المُدوَّنة » .

والرابـع : قيمتها يوم الحُكم ، وهو قـولهُ فى « كتاب الاستحقاق » فى الأمة المستحقة بعد أن أولدها المشترى .

والخـامس : قيمتهـا يوم الوضع ، على القول بأنَّها لا تكون أم ولد إلا بالوضع ، إذ بهِ يحصل الفوات وتجب القيمة ، وهل يُتبع بنصف قيمة الولد مع قيمة الأُم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنُّه يُتبع بنصف قيمة الولد .

والثانى : أنَّهُ لا شىء عليهِ مِن قيمة الولد .

---

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

والقولان قائمان مِن « المُدونّة » .

وينبنى الخلاف على الخلاف فى القيمة متى تراعى .

فعلى القول باعتــبار القيمة فيهــا قبل الوضع ، إمَّا يوم الوطء وإمَّا يوم الحمل ، فلا شىء عليهِ (ق / ٢٣٣ أ) فى الولد .

وعلى القول بــاعتبــار قيمــتهــا بعد الوضع ، إمَّا يــوم الوضع وإمَّا يوم الحُكم، فيُتبع بنصف قيمة الولد .

وعلى القول بأنَّهُ يغرم نصف قيمة الولد ، هل تعــتبر قيمتهُ يوم الوضع أو قيمتهُ يوم الحُكم . [قولان] (١) .

وسبب الخلاف : ما قدَّمناهُ [فهذه أربعة أقوال فى قيمة الولد] (٢) .

والجواب عن الوجه الثـانى مِن الوجه الثانى : إذا كان الواطئ مُعسرًا ، هل تقوم عليهِ أم لا ؟ **فالمذهب على خمسة أقوال** :

أحـدها : أنَّها تقوم عليهِ جبرًا ويتبع بنصف قيمة الأُم ، ولا شىء عليهِ [فى الولد] (٣) ، وهذا هو المشهور .

والثـانى : أنَّها تقوم عليهِ جبرًا ، ويُباع ما قُوم عليهِ فى القيمة ، ويُتبع بنصف قيـمة الولد ، وهى رواية ابن القاسم عن مـالك ، والقول الأول : هو القديم ، مِن قولهِ فى « كـتاب محمد » وغيـره ، والثانى : ظاهر قوله فى كتاب « أُمهات الأَولا » .

والثـــالث : أنَّها تقــوم عليهِ برضا الشريك الذى لم يطأ ، ويُبــاع عليهِ النصف الذى قوم عليهِ فى القيمة ، يُريــد بعد الوضع ، ويُتبع بنصف قيمة

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الولد ، وهذا قول ابن القاسم فى « كتاب القذف » مِن « المُدوَّنة » ، وبهِ قال مُطرف وابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

والرابع : أنَّ الشريك الذى لم يطأ بالخيار .

إن شاء [تمسك] (١) بحصَّتِهِ واتبع الواطئ بنصف قيمة الولد .

وإن شاء قُوم عليه ، [وأتبعه] (٢) بنصف قيمتها مع نصف قيمة الولد، ولا يُباع منهُ شىء ، وهو قول غيره فى الكتاب .

والخامس : قول أشهب فى بعض روايات « المُدوَّنة » : أنَّهُ لا تقويم عليهِ إن كان مُعسرًا أصلاً ، ويُتبع بنصف قيمة الولد .

وعلى القول بتخيير الشريك إذا ترك التقويم ، هل يُعتق [عليه] (٣) نصيب الواطئ أو يبقى بحساب أُم الولد أم لا ؟ قولان فى « الكتاب » :

أحدهما : أنَّهُ يعتق عليه نصيبه ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ يوقف على حساب أُم ولد ، وهو قول الغير .

وعلى القول بالإيقاف ، فإذا اشترى الواطئ نصيب الشريك لِيُسرٍ حَدَثَ أو ملكهُ بوجهٍ ما ، هل تكون أُم ولد بالإيلاد الأول أو لا بد مِن إيلاد ثان؟ فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوّنة » منصوصين فى المذهب فى «كتاب ابن سحنون » وغيرهُ على ما نقلهُ ابن أبى زيد فى «النوادر » :

أحدهما : أنَّها لا تكون أُم ولد إلا بإيلادٍ ثانٍ ، وهو اختيار سحنون ، وهو ظاهر قوله فى كتاب « أمهات الأولاد » .

---

(١) فى أ : تماسك .

(٢) فى أ : وأتبع .

(٣) سقط من هـ .

والثـانى : أنَّها تكون أُم ولد بالإيلاد الأول ، ولا يحتاج أن يُولدها مرةً أخرى ، وهو اختيار المُغيرة فى كتاب « ابن سحنون » ، وهو ظاهر قوله فى « كـتاب العـتق الأول » من « المُدونَّة » : فى الذى أعـتق عـبدهُ ، ثُمَّ قـام غُرماؤهُ فردُّوا عتقهُ ، ثُمَّ أفاد مالاً قبل أن يباع : أنَّ العبد عتيق بالعتق الأول إلا أن السيِّد يُتهم أن يكون قد أخفى مالهُ ، فلأجلِ ذلك عُتق العبد بالعتق.

والواطئ: كذلك أيضًا ، يُتهم أن يكون قـد أخبأ [ماله] [١] ليُسـقط التقويم عن نـفسه ، فهو أولى بالتُـهمة مِن الغريم ، ولذلك لا يـحتاج إلى إيلادٍ ثانٍ .

فهــذه عشــرون قولاً ، فى هذا الوجـه أربعة أقـوال فى قيمـة الولد ، وقولان : فى تقويم الأُم ابتداءً ، ومتى تقوم ؟!

خمسة أقوال [وإن كان معسرًا خمسة أقوال] [٢] .

وإذا ترك التقويم ما حُكم نصيب الواطئ: قولان ،

وإذا بقى موقوفًا ثُمَّ ملك جميعها ، ما حكمها : قولان ، وفى الفصل الأول ، إذا كانت حائلاً : عشرة أقوال .

فجُملة ما تحصَّل فى هذه المســألة مِن « المُدونَّة » ثلاثون قولاً كُلُّها مبينة واضحة ، لا لجة ولا خفاء بها على من طالع المذهب ، واستوفى النظر فى معانى « المُدونَّة » .

والحمد للَّهِ وحدهُ

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبهِ وسلم تسليمًا .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .



كتاب الولاء والمواريث

كتاب الولاء والمواريث

تحصيل مُشكلات هذا الكتاب ، وجملتُها تسع مسائل :

المسألة الأولى

فيمن أعتق عبدهُ عن غيرِهِ ، فينبغى أن نقدَّم الكلام على اشتقاق الولاء أولاً ثُمَّ نعقبه بالكلام على مقتضى الترجمة .

فنقول وبالله التوفيق : الولاء بفتح الواو : ممدود مِن الولاية بالنسب والعِتق ، وأصلُهُ الولى ، وهو : القريب .

وبكسر الواو مِن الإمارة والتقديم ، وقيل إنَّهُ يُقال فيهما بالوجهين جميعًا .

والولاء فى عُرف الاستعمال ينطلق بإيذاء معانٍ كثيرة تكون للمُعتَق والمُعتِق ولأبنائهما ، وللناصر ولابن العم والقريب ، والعاصب والخليفة [والقائم] (١) ، وللقائم [بالمعروف] (٢) بالأمر وناظر [اليتيم] (٣) ، والصاحب [و] (٤) المحب .

فإذا ثبت ذلك ، فلنرجع إلى مقصود الترجمة ، فنقول : عِتق الرجل عبدهُ عن غيرِه ، **لا يخلو مِن وجهين :**

أحدهما : أن يعتقهُ عن مُعيَّن .

والثانى : أن يعتقهُ عن غير مُعَيَّن .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى هـ : الأيتام .

(٤) سقط من أ .

فإن أعتقه عن معين ، فلا يخلو ذلك المعَّين مِن أن يكون مسلمًا أو نصرانيًا .

فإن أعتقهُ عن مسلم ، **فلا يخلو مِن ثلاثة أوجه** :

أحدها : أن يعتقهُ عن رجلٍ بعينهِ .

والثانى : أن يعتقهُ عن عبدٍ بعينه .

والثالث : أن يعتقهُ عن امرأةٍ بعينها .

فإن أعتقهُ عن رجلٍ بعينه ، فلا يخلو مِن أن يعتقهُ [على] (١) جُعْلٍ [جعله] (٢) لهُ أو على غير جُعل :

فإن أعتقهُ على مالٍ جعلهُ لهُ :

فإن كان على تعجيل العِتق والمالُ حالٌ أو إلى أجل ، فهذا جائزٌ مِن غير خلاف ، والولاء للذى أعتق فإن كان العتق إلى أجل ، والمال حال أو إلى أجل لم يُجز ، لأنَّهُ غرر لاحتمال أن يموت العبد قبل حلول الأجل ، فيذهب مالهُ [ق / ٩٥ هـ] [باطلاً .

فإن كان على غير مال ، فالمذهب [ق / ١٣٤ ع] **يتخرّج على ثلاثة أقوال**] (٣) :

أحدها : الجواز ، حيًا كان المُعَتق عنهُ أو ميتًا ، وهو قول مالك فى «المُدوَّنة » .

والثانى : أنَّهُ لا يجوز ، فإن نزل مضى ، وكان الولاء للمُعتق عنه .

والثالث : أن الولاء للذى أعتق .

---

(١) فى أ : عن .

(٢) سقط من أ .

(٣) بياض فى هـ .

وأمَّا إن أعتقهُ عن عبدٍ بعينه ، فإنَّ ذلك جائز ، فيكون الولاء لسيِّد العبد المُعتق عنهُ ، ما دام هو فى الرِّق .

فإذا أُعتق ، فهل يرجع إليهِ الولاء أم لا ؟ على قولين منصوصين فى «المُدوَّنة » :

أحدهما : أنَّهُ لا يعود إليهِ الولاء ، وإن أُعتق ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ يعود إليه الولاء ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : فى الولاء ، هل ينتقل بعد ثبوتهِ أم لا ؟

فإن أعتقهُ عن امرأةٍ بعينها : فلا يخلو مِن أن تكون زوجةً لهُ أو هى أجنبيَّة عنهُ :

فإن كانت أجنبيَّة عنهُ ، فهو كمن أعتق عن رجلٍ بعينهِ على سواء .

فإن كانت زوجةً لهُ ، فلا يخلو مِن وجهين :

إمَّا أن تشترط أن يعتقهُ عنها أو لم تشترط ذلك .

فإن اشترطت ذلك عليهِ ، كان لها الولاء ، وسواءٌ كان ذلك على مالٍ دفعتهُ إليهِ أو كان ذلك بسؤال .

واختلف هل يُفسخ نكاحها أم لا ؟ على قولين منصوصين فى «المُدوّنة» :

أحدهما : أنَّ النكاح مفسوخ ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ لا يُفسخ ، وهو قول أشهب .

وسبب الخلاف : هل يُعدَّ ذلك كملكِ الرقبة ، فيُفسخ النكاح أو لا يُعدَّ كالملك ، لأنَّهُ لم يخرج [من] (١) مِلك سيدهُ إلا إلى عتق ؟

---

(١) فى أ : عن .

فإن لم تشترط عليهِ أن يعتقهُ عنهـا ، فالنكاح جائزٌ اتفاقًا ، أعتقهُ على مالٍ مِن عندها أم لا .

فإن أعـتقهُ عن نـصرانى ، فلا يـخلو الـعبد مِن أن يـكون مُسلـمًا أو نصرانيًا:

فإن كـان مُسلمًـا : فإنَّ ولاءهُ لجمـيع المسلـمين ، ما دام المُـعتق علـيهِ نصرانيًا .

فإن أسلم بـعد ذلك ، هـل يـرجع إليهِ ولاؤهُ ؟ **فالمذهـب علـى قولين:**

أحدهـما : أنَّهُ لا يرجع إليهِ الولاء ، وإن أسـلم ، وهو قول مالك فى «المُدوَّنة » .

والـثانـى : أنَّهُ لا يرجع إليه الولاء ، وإن أسـلم ، وهو قول مالك فى «المُدوّنة » : أنَّهُ يرجع إلـيهِ الولاء وهو قولٌ قياسى ، ويُستـقرأ مِن قول ابن الموّاز : فى مُسلمٍ لهُ عبـدٌ نصرانىٌ ، وللعبدِ عبدٌ مُسلم ، فأعـتقهُ بغير علم سيِّدهُ ، ولم يعلم حتى أعتق السيد المـسلم عبدهُ النصرانى ، ثُمَّ مات العبد المُسلم عن ماله ، فبقى ميراثهُ للمُسلم الأعلى .

فإذا صحَّ أن يُجبـر العبد المُعتق النـصرانى ولاء عبدهُ المُعتق المُـسلم إلى السيِّد الأعلى دون سائر المسلمين ، صـحَّ أن يجبره إلى نفسهِ ، ويرجع إليهِ إذا أسلم .

[فإن كان نصرانيًا] (١) ، فولاؤهَ لهُ .

فإن أسلم العبد [المعتق] (٢) قبلهُ رجع إليهِ ولاؤُهُ إذا أسلم ، كما يأتى

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

بيان ذلك كُلُّهُ فى مسألة مُفردة إن شاء الله تعالى.

وأمَّا الوجه الثانى مِن أصل التقسيم : إذا أعتقهُ عن غير معين ، كالسائبة التى تُعتق عن جميع المسلمين ، فهل يجوز ذلك أو لا يجوز ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ ذلك لا يجوز ابتداءً ، وهو قولُ مالك وابن القاسم فى كتاب « ابن الموّاز » .

والثانى : أنَّ ذلك جائز ابتداءً مِن غير كراهة ، هو قول أصبغ وسحنون فى « العُتبيَّة » وابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

وعلى القولين جميعًا : إذا وقع ونزل ، هل يكون الولاء للذى أعتق أو لجميع المُسلمين ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ الولاء لجميع المسلمين ، وهو المشهور ، وهو مذهب «المُدونَّة » .

والثانى : أنَّ الولاء لمن أعتق ، وهو قول ابن نافع فى « كتاب ابن حبيب » .

وسبب الخلاف: اختلافهم فى قولهِ ﷺ : « **الولاء لمن أعتق**».

فمن حملهُ على ظاهرِ ، قال : الولاء للذى أعتق .

ومن نظر إلى المعنى ، قال : لجميع المسلمين ، ويكون [معنى] (١) قول النبى ﷺ : « **الولاء لمن أعتق** » أى: الولاء لمن حصل لهُ الثواب لأجل العتق ، فيكون الولاء تابعًا للثواب ، وهذا هو المفهوم مِن اللفظ ، وهو الذى سبق إلى فهم سامعهِ .

(١) فى أ : مغزى .

وأمَّا مَنْ كَرِهَ ذلك ابتداءً ، فإنَّما كرههُ لما فى ذلك مِن هبةِ الولاء ، وقد نهى النبى ﷺ عن بيع الولاء وهبتهُ ، وقيل : إنَّما كرِهَ ذلك ، لتشبيهه بسوائب الجاهلية فى الأنعام [والحمد لله وحده] (١) .

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثانية

فى النصرانى إذا أعتق عبده [ثم] [١] أسلم السيد المُعتق ، ولا يخلو العبد الذى أُعتق مِن وجهين :

أحدهما : أن يعتقهُ ثُمَّ يُسلم العبد المُعتق .

والثانى : أن يعتقهُ بعد أن أسلم العبد .

فإن أعتقهُ ثُمَّ أسلم العبد بعد العتق : فإنَّ ولاءَهُ لجميع المسلمين [إلا أن يكون للسيد الذى أعتقه قرابة مسلمون فإنهم يجدون ولاءه تره ثم إن أسلم بعد ذلك السيد فإنه يرجع ولاؤه إليه . فإن أعتقه بعدما أسلم فإن ولاءه لجميع المسلمين] [٢] .

ثُمَّ إن أسلم السيد بعد ذلك ، هل يرجع إليه ولاؤه أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ لا يرجع (ق / ٢٣٤ أ) إليهِ ، وإن أسلم بعد ذلك ، وهو المشهور فى النقل .

والثانى : أنَّهُ يرجع إليهِ إذا أسلم ، وهو الأظهر فى النظر والأثر .

أمَّا النظر : فكون العلة التى [لأجلها] [٣] منع الولاء قد زالت ، فإذا زالت وجب أن يرجع إليهِ الولاء ، لأنَّ المانع مِن أن يكون لهُ الولاء : كونُهُ كافرًا ، ولا ولاية للكافر على المُسلم .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

فإذا أسلم ، وتساوى معهُ فى الرتبة ، كان لهُ الولاء ، ويرجع إليهِ .

وأمَّا الأثر : فلعموم قوله ﷺ : « **إنَّما الولاء لِمن أعتق** » [**والحمد لله وحده**] [1] .

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الثالثة

فى المُسلم إذا أعتق عبدهُ النصرانى ، ثُمَّ مات [عن مال] [١] قبل أن يُسلم ، فلا خلاف فى المذهب أنَّ لهُ ولاءهُ ، وأنَّهُ لا يرثهُ لاختلاف الدينين .

واختلف المذهب لمن يكون ميراثهُ : **على خمسة أقوال** :

أحدها : أنَّهُ لا يرثهُ أحد مِن ورثتهِ ممن هو على دينهِ ، وهى رواية أشهب عن مالك .

والثانى : أنَّهُ لا يرثهُ أحَد مِن ورثتهِ إلا ولده الذى على دينهِ ، وهو قول أشهب ، قال : « ولا يرثهُ غيرهُ مِن الأُخوة أو غيرهم ، ولو ورثتهم لورثت أهل دينهِ ، وإنَّما ورثت ولدهُ ، لأنَّهُ يجر ولاءهم إلى مُعتقهِ » انتهى [كلامه] [٢] .

والثالث : أنَّهُ يرثهُ ولدهُ ووالدهُ خاصة ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك .

والرابع : أنَّهُ يرثهُ أخوهُ إن لم يكُن لهُ ولد ولا والد ، وهى رواية ابن القاسم عن مالك أيضًا .

والخامس : أنَّهُ يرثُهُ كُلٌّ مَنْ يرث الرجل المُسلم مِن قرابتهِ ، وهو قول أصبغ وابن القاسم وابن عبد الحكم .

واختلف إذا لم يكُن لهُ وارث مِن قرابتهِ ، هل يُصر ميراثُهُ إلى بيت المال [أو إلى من طلبه من النصارى **على قولين** . **أحدهما** : أنه يصرف

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : قوله .

ميراثه إلى بيت المال] [١] ، ولا يدفع لغير مَنْ ذكرنا ؟ على الخلاف الذى قدَّمناهُ ، وهو قول ابن القاسم .

والثانى : أنَّهُ يدفع لكلِّ مَنْ طلبهُ مِن النصارى ، ولا يكلف البينة على أصل دينهم ، وكيف توراثُهُم عندهم ، ولو كُلِّفوها لم [يأتوا] [٢] إلا بمثلهم ، فمن أخذهُ منهم ، وقال : هكذا موراثتنا أعطيه . فإن أسلموه ولم يطلبه منهم طالب أوقفناه فى بيت المال معزولاً ولا يكون فيئًا حتى يرث الله [الأرض] [٣] أو يأتى له طالب وهو قول المخزومى فى « العُتبية » ، وبقية أقوال المسألة كُلّها فى كتاب « ابن الموّاز » و « كتاب ابن سحنون » رضى اللَّهُ عنهما [والحمد لله وحده] [٤] .

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يأتوها .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من جـ ، ع ، هـ .

المسألة الرابعة

فيمن شهد بِعتق عبده ، فرُدَّت شهادتهُ فيهِ ، ثُمَّ اشتراهُ ، ثُمَّ اعترف أن البائع أعتقهُ ، وجحد لهُ العتق ، فلا يخلو مِن أن يموت العبد ، والسيد حيّ، أو يُتلف السيِّد أولاً ثُمَّ مات العبدُ بعدهُ .

فإن مات العبد أولاً ، والسيد حيٌّ وترك مالا ، كان للمشترى الأقل ممَّا ترك أو الثمن .

فإن كان ما ترك هو أقلُّ لم يكُن لهُ سواهُ ، لأنَّه لو مات ، ولم يترك شيئًا ، لكان لا شىء لهُ .

وإن كان الثمن أقل : أخذهُ المُشترى ، ويوقف الفضل .

فإن رجع البائع إلى إقرار المشترى وتصديقهِ فى العتق ، كان لهُ الفضل، وإلا تصدَّق بهِ ، لأنَّهُ اعترف أنَّهُ لا شىء لهُ فيهِ ، والمشترى كذلك .

فإذا تصدَّق بهِ كان أجرهُ لمن هو [له] (١) فى علم اللَّه تعالى .

فإن مات السيِّد أولا ، ثُمَّ مات العبدُ بعدهُ ، فلا يخلو السيد مِن أن يترك مالاً أو لم يترك شيئًا .

فإن ترك مالاً ، **فلا يخلو ورثتهُ مِن وجهين :**

أحدهما : أن يكونوا رجالاً ونساءً .

والثانى : أن [يكونوا] (٢) نساءً .

فإن كانوا رجالاً ونساءً ، **فلا يخلو مِن وجهين :**

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يكون .

أحدهما : أن يكونوا بنين وبنات أو يكونوا بنات وعصبة ، فإن كانوا رجالاً عصبة أو بنين وبنات ، هل يأخذ المشترى جميع الثمن [ق / ١٣٥ع] أو إنَّما يكون لهُ الأقل ؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : إنهُ يأخذ جميع الثمن ، لأنَّهم مُقرُّون أن الذى أخذ الأب دينٌ عليهِ ، ولا ميراث إلا بعد قضاء الدَّيْن ، وهذا القول حكاهُ اللخمى فى « المذهب » .

والثانى : أنَّ لهُ الأقل مِن ثلاثة أشياء ، ما خلفهُ العبد أو ما خلفهُ السيِّد أو الثمن .

فإن كان الذى خلفهُ المولى أقل ، قال ورثة السيِّد لحر على ما مات عليهِ أبونا : أنَّهُ لم يعتق .

فإن كان الثمن أقل ، قالوا : نحنُ نُصدِّقُك ، وخذ ثمنك .

وإن كان الذى خلَّفهُ السيِّد أقل ، كان لهم تصديقهُ أيضًا ، ويقولون لهُ إنَّ دينك فى ذمة أبينا ، وليس لهُ إلا مالهُ :

فإن كان الورثة إناثًا وعصبة ، فلا يخلو الإناث مِن أن يستوعبن الميراث أو لا يستوعبنهُ :

فإن استوعِبن الميراث ، كالبنات والأخوات للأب أو شقيقة : فلا شىء للمشترى فى هذا الوجه ، لا فى تركة السيد ، ولا فى تركة العبد .

لأنَّ حقَّهما إنَّما يجب فى مال السيِّد على دعواهُ ، والإناث لم يصدقنهُ، ولا يرثن مِن ولاء ما أعتق الأب .

ولذلك لم يأخذ مِن متروك الأب شيئًا ، وإنَّما لم يأخذ مِن تركة العبد .

لأنَّ العصبة الذين يرثون [الولاء] (١) ، يقولون لهُ : إنَّما وجب حقك فى ذمة السيد ، لا فى متروك العبد الذى هو لنا ، ونحنُ لا نأخذ مِن مالِ السيد شيئًا ، فلذلك منع مِن أن يأخذ مِن مال السيد ، ومِن مال العبد .

وإن مات السيِّد ، ولم يترك شيئًا : فلا شىء للمشترى فى مال العبد ، سواءٌ كان ورثتهُ عصبة أو بنين .

والحمد لله وحده .

(١) سقط من أ .

المسألة الخامسة

فى ميراث الحملاء والمتحملين:

ومعنى الحملاء : المسبيين مِن أرض الحرب [ومعنى المتحملين : المنتقلين من أرض الحرب] (١) ، وهاجروا إلى دار الإسلام ، وقد أسلموا ، **ولا تخلو دعواهم المناسبة مِن ثلاثة أوجه :**

أحدها : أن يدّعى بعضهم بُنوَّة بعض .

والثانى : أن يدَعى بعضهم أبوَّة بعض .

والثالث : أن يدعى بعضهم أخوة [بعض] (٢) .

والجواب عن الوجه الأول : إذا ادّعى بعضهم بُنوَّة بعض ، مِثل : أنَّ يدَّعى بعضهم أنَّ هذا ابنهُ ، هل يُصدَّق أو يُكلَّف البيِّنة ؟

قولان قائمان من « المُدوّنة » :

أحدهما : أنَّهُ يُصدَّق ، لأنَّهُ مِن باب استلحاق الولد ، وقال ابن القاسم فى كتاب « أمُهات الأولاد » : فيمن استلحق مجمولاً مِن بلاد الشرك ، وقد عُرف أنَّهُ دخل تلك البلاد : أنَّهُ يُصدَّق ويلحق بهِ ، فهذا الذى قد حمل معهُ مِن بلدٍ [واحد] (٣) أولى أن يُصدَّق [ويلحق] (٤) به » ، وهذا ظاهر .

والثانى : أنَّهُ لا يُصدَّق إلا ببيِّنة ، كغيرهِ مِن القرابة ، وهو ظاهر

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

«المُدوّنة » فى كتاب « أمهات الأولاد » ، وكتاب الولاء ، وهو قول القاضى أبى محمد عبد الوهاب ، وأبى الحسن بن القصار .

وينبنى الخلاف على الخلاف : فى الأمر المُبهم الذى لم يتبيَّن فيه صدق المُدَّعى ولا كذبهُ ، [هل يحمل فيه على الصدق ، حتى يتبيَّن كذبهُ أم لا ؟ وفى ذلك قولان قائمان فى المدونة ، وقد نبَّهنا على مفهومهما فى كتاب «أمهات الأولاد » : إذا لم يتبين كذبهُ ولا صدقهُ] [1] فى الاستلحاق .

والجواب عن الوجه الثانى والثالث : إذا ادّعى بعضهم أُبوة بعض أو أخوتهُ أو ادعى ما عدا ذلك مِن القرابة ، **فلا يخلو من وجهين** :

أحدهما : أن تكون الدعوى والموت بفور دخولهم إلينا .

والثانى : أن يكون ذلك بعد طول ، فإن كان بفوْر دُخولهم بلاد الإسلام، فمات بعضهم ، فوقع التداعى فى النسب ، حراسةً على حوز الميراث الذى هو أعلى المكاسب وأنفس المطالب ، فالنسب لا يثبت فى [هذين الوجهين] [2] إلا بالشهادة اتفاقًا [ق / ٩٦هـ] .

ثُمَّ لا تخلو الشهادة مِن أن تكون منهم أو مِن غيرهم :

فإن كانت مِن غيرهم ، مِمن كان معهم ، وعرفهم فى بلادهم مِن المسلمين ، فلا يخلو [هؤلاء المسلمون الذين هم معهم] [3] مِن أن يكونوا أسارى أو تُجارًا أو مَنْ دخلها لمصالح المسلمين :

فإن كان أسارى : فشهادتهم جائزة ، مع وجود العدالة اتفاقًا .

وإن كانوا تُجارًا ، فلا يخلو دُخولهم بلاد الشرك مِن أن يكونوا على

---

(١) سقط من هـ .

(٢) فى هـ : هذا الوجه .

(٣) فى أ ، هـ : المسلم الذى هو معهم .

معنى الغلبة والاضطرار ، أو ذلك على معنى الترفُّه والاختيار .

فإن كان دخولهم غلبة اضطرارًا ، كالريح رمتهم إلى بلاد الشرك مِن غير قصد فشهادتهم جائزة اتفاقًا أيضًا .

فإن كان دُخولهم ترفهًا واختيارًا ، فلا يخلو مِن أن يُحدثوا توبة وخيرًا وصلاحًا ، أو لم يُحدثوا شيئًا :

فإن أحدثوا توبة بعد الإياب ، وأخذوا على أنفسهم بالعقاب : فشهادتهم جائزة اتفاقًا أيضًا .

وإن تمادوا على الحالة الأُولى ، ولم تستشعر أنفسهم الندم على ما زلَّت بهم القدم ، فهل يكون ذلك جُرحةً فى شهادتهم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة »** :

أحدهما : أنَّ ذلك جرحهَ ، تُبطل الشهادة ، وهو مذهب سحنون ، وهو ظاهر قول مالك فى كتاب « التجارة إلى أرض الحرب » .

والثانى : أنَّ ذلك ليس بجرحة ، ولا تبطل به الشهادة ، وهو ظاهر قول مالك فى « كتاب أمهات الأولاد » ، حيثُ جوَّزً شهادتهم Nطلاقًا ، وهو ظاهر قوله فى « كتاب الجهاد » أيضًا :

فمن مات عندنا مِن أهل الحرب أو قُتل ، حيث قال : « تُدفع ديتهُ إن قتل ، ومالهُ إلى ورثتهِ فى [بلادهم] (١) » ، وظاهر قوله : أنَّ المال يُحمل لهم إلى بلادهم ، فقد أباح الدُخول إلى بلادهم ، لمعنى ليس بواجب ، إذا كان الإمام غيرُ قادر على أن يكتب إليهم ، ليقدموا حتى يقبضوا مالهم .

فأمَّا إن كان دخولهم بلاد العدو ، لمصالح المسلمين ، كفاداة الأسارى

---

(١) فى أ : بلاده .

أو بعثهم الإمام لأمرٍ بين المسلمين والمُشركين ، كعقد الهُدنة : فلا خلاف أيضًا أنَّ ذلك لا يُؤثر فى شهادتهم .

فإن كانت الشهادة مِن المتحملين ، فلا يخلو مِن وجهين :

إمَّا أن يكونوا فى عددٍ يسير أو فى عددٍ كثير .

فإن كانوا فى العدد الكثير والجمِّ الغفير الذى لا يُحصيهِ عدد ولا يحويهِ [مكان] (١) : فلا خلاف أنَّ قولهم مقبول ، وتصديق بعضهم بعضًا فيما يدَّعيهِ مِن المُناسبة معقول ومبذول مِن غير اعتبار العدالة ، وهذا [من] (٢) التواتر الذى يُفيد العلم الضرورى ، بل لا يعتبر فيهِ الإسلام أيضًا عند أئمة الأصوليين وأمَّا إن كان عددًا يسيرًا [وثلة ذليلة] (٣) وشرذمةً قليلة ، كالعشرين على ما نصَّ عليهِ ابن القاسم فى العُتبيَّة ، أو فوق ذلك [على](٤) ما ذهب إليهِ سحنون ، **فلا تخلوا شهادتهم مِن وجهين :**

أحدهما : إمَّا أن يدخل فيه أشهد لى وأشهد لك ، مِثل : أن يشهد هؤلاء لهؤلاء ، وهؤلاء لهؤلاء : فلا خلاف فى هذا الوجه أنَّ الشهادة باطلة مردودة .

وإن شهد منهم شاهدان على غيرهم ، مِن غير أن يشهد لهُ مَنْ شهد هو لهُ ، فهل تجوز شهادتهم أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين مِن «المُدوَّنة» :**

أحدهما : أن شهادتهما مردودة لا تجوز ، وهو قول ابن القاسم فى (ق/ ٢٣٥ أ) الكتاب .

(١) فى هـ : تعد .
(٢) سقط من أ .
(٣) سقط من أ .
(٤) سقط من أ .

والثانى : أنَّ شهادتهم جائزة مقبولة [وهو قوله] [(١)] فى مسألة [المسلوبين] [(٢)] فى كتاب المحاربين .

وسبب الخلاف : اعتبار الظنة ولحوق التُّهمة .

فمن رأى أنَّ التَّهمة تلحقهم ، والظنة تُدركهم بدخول حمية البلدية ، وقوة دواعى العصبية التى [تبطل] [(٣)] بها شهادة [العادل الأعدل] [(٤)] ، وإن كان أورع مِن أحمد بن حنبل ، مِثل شهادة الأب لابنه ، والابن لأبيهِ، قال : ببطلان الشهادة ، ومرة رأى ما بهم مِن الضرر الناجز والحرج الحافز إلى كمال النعمة وتمام المنَّة بجمع الشمل وضم الفرع للأصل ، حتى يتباشروا ببركة الإسلام لجمع شتاتهم ونيل مُرادهم على الكمال والتمام ، قال : بجواز الشهادة وقبولها .

ولا خلاف فى اعتبار العدالة .

وهذا كُلهُ إذا كانت الدعوى بفوْر الدُخول .

وإن طال عليهم الأمد ، ومرت عليهم السنون فى توطين البلد ، والولد فى أثناء ذلك يُكنى بالولد والتناسب مستفيض بينهم بالأبوة والبُنوَّة مِن غير نكير ، مِمن يرد عليهم مِن المعارف والجيران مِن أهل بلادهم ، ومَنْ جاء صُحبتهم حتى حازوا أنسابهم ، وقرَّروا أصولهم : فهذا لا خلاف فيه ، أنَّ مَن مات منهم يرثُهُ [من كان ينسب إليه] [(٥)] ويُناسبهُ مِن غير أن يُكلف ثبوت النسب ، ولا أثبت مِن اشتهارهم مِن إضافة بعضهم إلى بعض ،

---

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المسلمين .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : العدل .

(٥) سقط من أ .

وهو مذهب [ق / ١٣٦ ع] « المُدوَّنة » فى « كتاب القذف » : فى العربى إذا قدم بلدًا مِن البُلدان ، فسكنها وطال مكثهُ فيها ، وهو يكتب شهادتهُ فلان ابن فلان [الفلانى] [١] ، حتى حاز نسبه .

فمن نفاهُ بعد ذلك [عن] [٢] نسبه حد للقذف ، لأنَّهُ قَطَعَ نسبهُ ، ومِن طريق المعنى .

فإن كان الحيازة عاملة فى الأموال باتفاق المذهب ، على اختلافهم أنواعها ، فبأن تكون عاملة فى الأنساب أولى وأحق .

والحمد للَّه وحده .

(١) زيدة من جـ ، ع ، هـ .

(٢) فى أ : من .

المسألة السادسة

فى الرجل إذا مات ، وترك ولدين مسلمًا ونصرانيًا ، كُل [واحد منهما] [(١)] يدَّعى أنَّ الأب [مات] [(٢)] على دينهِ ، **فلا يخلو مِن [ثلاثةً أوجه]** [(٣)] :

أحدهما : أن يتفقا أنَّهُ كان مُسلمًا .

والثانى : أن يتفقا أنَّ أصلهُ كان كافرًا .

والثالث : أن يُجهل أمره .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا اتَّفقا أنَّ أصلهُ كان مُسلمًا وشهدت البيِّنة بذلك ، ثُمَّ اختلفا فيما مات عليهِ بعد ذلك ، واحدٌ يقول : « مات على ما عليهِ عاش » ، والآخر يقول : « مات وهو كافر » ، فلا يخلو مِن أن تقوم عليهما بيِّنة أو لا بيِّنة لهما .

فإن قامت لكلٍّ واحدٍ منهما بينةٍ على ما يدَّعيهِ ، وتكافآ فى العدالة : **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ ذلك تهاتر ويقضى بأعدل البينتين .

فإن تساوتا سقطتا ، ويُحكم لهُ بما كان يُعرف مِن الإسلام ، والأصل استصحاب الحال .

والثانى : أنَّهُ يُقضى عليهِ بالبيِّنة الزائدة التى زادت ، لأنَّها نقلتهُ عمَّا كان العرف ، ثُمَّ يكون مالهُ لجميع المسلمين ، لأنَّهُ مرتد .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ ، هـ : وجهين .

والجواب عن الوجه الثانى : إذا قامت البيِّنة ، أنَّهُم لم يزالوا يعرفونهُ أنَّهُ [كافر] (١) ، فشهدت عليه البيِّنة أنَّهُ مات على ما عليهِ عاش ، وشهدت أخرى أنَّهُ مات مسلمًا ، **فالمذهب على قولين** :

أحدهما : أنَّ ذلك تكاذب ، ويقضى بأعدل البينتين ، وإن تكافأتا فى العدالة سقطتا ، وبقى على ما كان بهِ يُعرف مِن النصرانية .

والثانى : أنَّهُ يقضى بالبينة الزائدة ، لأنَّها نقلتهُ عن الحالة الأولى .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا جُهل أصلهُ ، وما كان عليهِ عاش ، فادّعى كُلٌّ واحد منهما أنَّهُ مات على دينهِ ، فلا يخلو مِن أن يكون لهما بينة أو لا بيِّنة لهمًا :

فإن لم تكن لهما بيِّنة ، فلا يخلو أحدهما مِن أن يكون تولَّى كَفَنَهُ ودفنهُ بمحضر مِن صاحبهِ أم لا :

فإن تولَّى المُسلم كَفَنَهُ ودفنهُ والصلاة عليه ، بمحضر النصرانى ،من غير نكير ولا نهر ولا سطوة للمسلم على النصرانى فهل يكون ذلك دليلا على أنَّهُ مات مُسلمًا ، ويُقبل قول المسلم ؟ **على قولين:**

أحدهما: أنَّ الصلاة لا تكون شهادة،وهو قول ابن القاسم فى الكتاب.

والثانى : أنَّ الصلاة شهادة .

فإن تولَّى النصرانى مواراته بمحضر المُسلم مِن غير نكير ، كان دليلاً على أنَّهُ مات كافرًا ، وهو أبين مِن صلاة المسلم عليهِ بمحضر النصرانى ، ثُم يُسأل النصرانى عن أصل [أبيه] (٢) :

فإن قال : كان كافرًا ، [حتى] (٣) مات على ما عليهِ عاش ، كان

---

(١) فى أ : مات كافرًا والصواب ما أثبتناه من ب .

(٢) فى أ : دينه .

(٣) سقط من أ .

المال [له مع] (١) ما قام لهُ [من] (٢) دليلُ الحال .

فإن قـال : أصلُهُ مُسلم ، ثُمَّ مات كـافرًا ، كان المـال للمُسلم ، لأنَّهُ مُرتد على ما يدعيه : فـالذى يجب أن يكون المال لجميع المسلمين بزعمه ، إلا أنَّ دعواهُ لغيرهِ لا يقبل منهُ .

فإن أقام كُلُّ واحدٍ منهما بيِّنة على دعواهُ ، فإنَّهُ يقضى بأعدلهما .

فإن تكافآ ، هل يُقسم المال بينهما أو يكون للمسلم ؟

فـالمذهب على قـولين منصـوصين فى « المدوَّنة » فى « كـتـاب الولاء » و« كتاب الشهادات » :

أحدهما : أنَّ المال بينهما نصفان ، وهو قول ابن القاسم .

والثـانى : أنَّ المال للمسلم ، لأنَّ بينتهُ قد زادت حين زعم أنَّهُ مُسلم ، وهو قول غيرهِ .

واختلف إذا كان معـهام أخٌ صغير ، ما الذى يأخـذ كُلُّ واحدٍ منهما ؟ **على قولين :**

أحدهـما : أنَّهُ يُأخذ مِن كُلٍّ واحدٍ نصف ما بـيده ، ويصير لهُ النصف وحدهُ ، ويُجـبر على الإسلام ، ويكونُ لهـما النصف بعد إيمانهـما ، وهو قول أصبغ .

والثـانى : أنَّهُ يكون بينهم المال أثلاثًا ، فـإن خلَّف الميت ستين دينارًا ، كان لكلٍّ واحدٍ مِن الأولاد عشـرون دينارًا ، لأنَّ المسلم يقول :الميراث بينى وبين أخى الصغـير نصـفان والنصـرانى غاصب ، والغصب علَّـى ، وعليهِ

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

[علـــى] (١) قدر أنصبائنا فى المال مما حصل لنا منه كُنَّا فيهِ شركاء ، والنصرانى يقول مِثل ذلك ، وتساوت دعاويهم [فى المال] (٢) : فيُقسَّم بينهما أثلاثًا ، وبهِ قال بعض المتأخرين ، فهل يُعجَّل ذلك المال للصبى أو يُوقَّف إلى بُلُوغه ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّ يُعجَّل لهُ فى الحال ، وهو قول أصبغ .

والثانى : أنَّهُ يوقف ما صح لهُ من المال ، حتى يبلغ الصبى ، فيدعى مثل دعوى أحدهما ، فيأخذ ما وقف لهُ مِن سهمهِ [ويرد إلى الآخر ما وُقِّف مِن سهمهِ] (٣) ، وهو قولهُ فى كتاب محمد .

فإن مات قبل بلوغهِ ، ولهُ ورثة يُعرفون ، هل يكون ذلك المال لورثتهِ أو يُرد إلى الإخوة ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ إذا مات اقتسموا مالهُ ، وهو قول سحنون .

والثانى : أنَّهُ يكون لورثتهِ إذا كان لهُ ورثة معروفون ، وهو قولهُ فى كتاب محمد .

والحمدُ للَّه وحدهُ .

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من هـ .

المسألة السابعة

فى ميراث ولد المُلاعنة وولد الزنا :

قال مالك رضى الله عنهُ : « ولد الزنا لاحقٌ بأُمِّهِ ، فإذا مات ورثت منهُ الثلث ، وما بقى فهو إليها إن كانت معتقة ، وإن كانت عربية فَلِبيْت مال المسلمين ».

وكذلك « المُلاعنة » : إلا أنْ يكون لهُ أُخوة مِن أُمِهِ ، فيأخذون الثُلُث، ويردُّون للأُم السُدُس ، ثُمَّ يكون ما بقى لمن ذكرنا .

ولا خلاف فى : توأمى المسبية والمغتصبة والمُتحملة والزانية : أنَّهما يتوارثان بالأب والأُم ، لأنَّ أُمهما لم يتقدَّم عليها الرِّق لأحد ، ويُحملان على أنَّها لأبٍ حتى يتحقق خلاف ذلك .

ولا خلاف عندنا فى : توأمى الزانية : أنَّهما لا يتوارثان من قِبَلِ الأب إلا خلافًا شاذًا رُوى عن الداودى فى « كتاب الأموال » : « أنَّ ولد الزنا يُلحق نسبهُ إلى الزانى ، إنْ عُلِم أنَّهُ منهُ » .

قال : « وقد أجمع أهل العلم على أنَّ ولد الزنا يرث أُمَّهُ وترثُهُ » .

قال : « لا فرق بين الأُم والأب ، وإنَّما منع ميراث العاهر ، لأنَّهُ لا نعلم حقيقة ذلك ، هل هو منهُ أو مِن غيره » .

وما قالهُ باطلٌ قطعًا ، لأنَّهُ خلاف الظاهر .

فأمَّا توأم المُغتصَبة والمُسبية الملاعنة، هل يتوارثان بأنَّهما أخوة أشقاء أم لا ؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهما يتوارثان بالأب والأُم ، وهو قول ابن القاسم فى

«المُدوَّنة » فى المُسيبة [وقول سحنون فى المسيبة] [١] والمُلاعنة ، وهو قول مالك فى المُغتصَبة فى « مختصر ما ليس فى المختصر » .

والثانى : أنَّهما يتوارثان بالأُم خاصة ، وهو قول مالك فى « المُدوَّنة »، فى توأم المُـلاعنة ، وهو قول المُـغيرة فى المُسيـبة ، وهو قول سحـنون فى المُغتصبة .

والحمدُ للَّه وحدهُ .

(١) سقط من أ .

المسألة الثامنة

فى ميراث اللقيط والمنبوذ :

واختلف فى ميراث اللقيط والمنبوذ ، هل هما عبارتان عن معبَّرٍ واحد أو هما عبارتان عن مُسميين مختلفين :

فقيل : « إنهما اسمان لمسمى واحد [ق / ٩٧ هـ] ، [فإن اللقيط هو الملتقط حيث وجد أعنى] (١) أى صفة وجد فى صغرهِ ، لأنَّهُ فاعل بمعنى مفعول ، كقولهِ تعالى : ﴿ مِن مَّاءٍ دَافِقٍ﴾ أى : مدفوق .

والمنبوذ : الذى وُجد منبوذًا مِن أول ما وُلد » .

وقيل : « إنَّ اللقيط : هو ما التُقط فى الصغر مِن الشدائد [والجلادة](٢)، ولا يُعلم لهُ أب » .

وقال مالك : « ما يُعلم منبوذا إلا ولد الزنا » .

وفائدة الخلاف [وثمرته] (٣) : إذا استلحقهُ أحد ، هل يُلحق بهِ أم لا وفيمن قذفهُ ، هل يُحدُّ أم لا ؟

فإذا ثبت ذلك : فلا يخلو مِن وجهين :

أحدهما : أن يلتقطهُ مُسلم .

والثانى : أن يلتقطهُ نصرانى .

فإن التقطهُ مُسلم ، فلا يخلو مِن أن [ق / ١٣٧ ع] يلتقطهُ مِن قُرى

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الإسلام أو مِن قُرى أهل الشرك :

فإن التـقطهُ مِن قُرى أهل الإسـلام ، فإنَّهُ يكون حُرًا ، وولاؤهُ لجـميع المسلمين ، وعليهم نفقتهُ كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنهُ .

ومن ادّعى أنَّهُ ولدهُ فاستلحقهُ ، هل يُلحق بهِ أم لا ؟

فلا يخلو الذى استلحقهُ مِن أن يكون رجلاً أو امرأة .

فإن كان رجلاً ، وقامت لهُ عليهِ بيِّنة ، فإنَّهُ يُلحق به ويثبت نسبهُ منهُ .

وإن لم تكُن لهُ بيِّنة ، فلا يخلو مِن أن يقوم لهُ دليل الحال أم لا .

فإن قام لهُ دليلُ الحال ، كرجلٍ لا يعـيش لهُ ولد ، ويسمعُ قول الناس «إذا طُرح عاش » ، هل يُلحق بهِ أم لا ؟

على قولين قائمين مِن « المُدوَّنة (ق / ٢٣٦ أ) منصوصين :

أحدهما : أنَّهُ يُلحق بهِ ويصدق ، وهو قول ابن القاسم فى « المُدوَّنة » .

والـثانـى : أنَّهُ لا يُصدَّق إلا بـبيِّنة ، وهو قول غيـره فى « المُدوَّنة » ، حيث قال : « إذا ثبت أنَّهُ لقيط ، فلا يُقبل فيه دعوى أحد إلا ببيِّنة » .

وعلى القول بأنَّهُ يُصدَّق ، هل ذلك بـيمين أو بغير يمين ؟ قولان قائمان مِن « المُدوَّنة » :

وسببُ الخلاف : دليلُ الحال ، هل يقوم [مقام الشاهدين أو] [١] مقام الشاهد الواحد ؟

وإنَّما قُلنا على [مذهب] [٢] ابن القاسم : إنَّهُ يُلحق بهِ ، لأنَّ العُرف

---

(١) سقط من هـ .

(٢) فى ع ، هـ : قول .

أمرٌ يُقضى بهِ ، وإن كان [أمرًا] (١) [فاسدًا] (٢) .

فإن [ادعتهُ] (٣) المرأة ، واستلحقتهُ بها ، هل يُلحق بها أم لا ؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال :

أحدهـا : أنَّهُ لا يُلحق بها ، وهو قول ابن القاسم [فى المدونة] (٤) ، لأنَّها إنَّما استلحقتهُ بغيرها .

والثـانى : أنَّهُ يُلحق بها ، وإن قالت :هو مِن الزنا ، وهو قول أشهب فى « الموازية » .

والثالث : أنَّهُ يُلحق بها، وتُصدَّق إن ادْعت أنَّهُ مِن زنا ، ولا يُلحق بها إن ادّعت أنَّهُ مِن زوج إلا أن يدعيه الزوج إن كان حيًا،وهو قول محمد.

وعلى القول بأنَّهُ يلتحق [به] (٥) فى قيام البيِّنة على الوفاق أو مع دليل الحال ، على الخلاف : هل يرجع عليهِ المُلتقط بما أنفق أم لا ؟

فلا يخلو الأب فى حال النفقة مِن أن يكون مُوسرًا أو معسرًا .

فإن كان معسرًا : فلا شىء لهُ بالاتـفاق ، لأنَّ نفقة الأولاد ساقطة عن الأب بالعُسر .

فإن كان مُوسرًا ، فلا يخلو مِن أن يتعمد طرحهُ أو لا يتعمد .

فإن تعمَّد الطرح ، **فالمذهب على قولين :**

أحدهما : أنَّهُ يُتبع بالنفقة ، وهو قول ابن القاسم فى المُدونة .

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ادعت .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

والثانى : أنَّهُ لا يُتبع بشىءٍ ، لأنَّ نفقتهُ عليه احتسابًا ، كالنفقة على اليتيم ، ويكون بمنزلة مَن أنفق على يتيمٍ ، يرى أنَّهُ لا مال لهُ ، ثُمَّ ظهر لهُ مالٌ ، فإنَّهُ لا يرجع عليهِ بشىءٍ ، وهو قول أشهب فى [« المُدونَّة »] (١) .

فإن كان الأب لم يتعمَّد طرحهُ : فلا إشكال أنَّهُ لا شىء عليهِ ، وهو نصٌّ قول ابن القاسم فى « المُدونَّة » .

فإن التقطهُ من قُرى أهل الشرك ، التى هى فى أرض الإسلام وحُكمهم، فما حُكمُهُ ؟ **على قولين** :

أحدهما : أنَّهُ مشرك ، وهو قولهُ فى كتاب « محمد » .

والثانى : أنَّهُ يكون مُسلمًا ، وإن التقطهُ مِن كنيسة ، وهو قول أشهب فى « الموَّازية » ، قال : « كما أجعلهُ حُرًا ، كذلك يكون مُسلمًا » .

فإن التقطهُ نصرانى :

فإن كان مِن قُرى [الإسلام] (٢) ، فالتقطهُ ، فإنَّهُ يكون مُسلمًا .

وإن التقطهُ مِن قُرى أهل الشرك ، فإنَّهُ يكون مُشركًا .

فإن التقطهُ مِن قرية فيها [مسلمون ونصارى] (٣) ، **فقولان** :

أحدهما : أنَّهُ يكون مُشركًا ، إن التقطهُ الكافر ، وإن التقطهُ المُسلم يكون مُسلمًا ، وهو قولهُ فى « الموَّازية » .

والثانى : أنَّهُ لا يكون إلا مُسلمًا ، وإن كان فيها مِن المسلمين الاثنان والثلاثة ، وهو قول أشهب فى « الكتاب المذكور » .

والحمدُ للَّهِ وحدهُ .

---

(١) فى هـ : الموازية .

(٢) فى هـ : المسلمين .

(٣) فى أ : مشركون .

المسألة التاسعة

في اختلاف ورثة الكافر في ميراثِه ، وكيف إن أسلموا ؟

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكونوا جميعهم على الكُفر .

والثاني : أن يُسلم بعضهم قبل القسمة .

والثالث : أن يُسلموا جميعًا .

فالجواب عن الوجه الأول : إذا كانوا كُلُّهم على الكُفر ، فاختلفوا في الميراث ، أيرتفعون إلى حُكم المسلمين ، فإنَّهُ بالخيار بين الحكم والترك .

فإن حكم بينهم حكمًا بما ثبت عندهُ مِن مواريثهم ، بعد كشفهِ عن ذلك، وبحثهِ عن كتابة توارثهم .

والجواب [عن الوجه الثاني] [١] : إذا أسلم بعضهم قبل القسمة ، فإنَّهُ يحكم بينهم ، ولا يرد إلى حُكم النصارى ، ولا خيار لهُ في هذا الوجه ، لأنَّهُ حكمٌ بين مسلم ونصراني ، ولا ينقلهم عن مواريثهم ، وإنَّما يمنعون مِن أن يُردُّوا إلى حكم النصارى ، لما في ذلك مِن إذلال المُسلم ، ولأنَّهم لا يُؤمنون مِن الحَيْفِ والميل عليهِ ، وقد وقع في روايات مختلفة ، كُلُّها راجعة إلى معنى واحد .

قال في بعضها : « وإن كان الورثة مُسلمين ونصارى : حكم بينهم بحُكمِ الإسلام ، ولم أنقلهم عن مواريثهم ، ولا أردُّهم إلى أهل دينهم »، وهي رواية ابن عتاب .

---

(١) سقط من هـ .

وفى رواية يحيى بن عمر : « فحكم بينهم بحكم دينهم » ، وهذا كُلُّهُ أمرٌ مُتقارب .

ومعنى قول : « حُكم بينهم بحكم دينهم » أى : فيهم وإن بقوا على مواريثهم فى الكفر ، وهو قول عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهُ فى مسلمين ونصارى حاما إليهِ فى ميراث ، فقال : « تُقسَّم بينهم على فرائض الإسلام ، فإن أبوّا ، فردُّوهم إلى أهل دينهم » ، كذا فى رواية عيسى عن ابن المرابط ، وعند ابن عتاب : « إلى أمر دينهم » ، وهذه أصحُّ ، أى : «أُقسم بينهم على ورثة الكفر » ، ومعناهُ : « أنَّ بعضهم أسلم بعد الموت، فيُقسَّم ميراثهُ على ورثة الكفر » .

ومعنى قولهُ : « إلى أهل دينهم » أى : إلى أمر دينهم ، كما قال فى الرواية الأولى .

فإذا حُمل على هذا التأويل : يكون وفاقًا للمذهب [ويحتمل أنه أراد أن يحكم أولاً أنه لا ميراث للمسلمين معهم ثم يرد الباقون من النصارى إلى أهل دينهم لكونهم أسلموا قبل موت أبيهم ويكون قوله وفاقًا للمذهب][1] أيضًا .

والجواب عن الوجه الثالث : إذا أسلموا جميعًا قبل قسمة التركة ، هل تُقسَّمُ بينهم على قسمة الإسلام أو على قسمة النصارى ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال** :

أحدها : أنَّهُ يُقسَّم بينهم على قسمة المسلمين ، وهى رواية أشهب عن مالك ، وهو قول ابن نافع فى « المُدوَّنة » ، وهو قول مُطرف وابن الماجشون فى « كتاب ابن حبيب » .

---

(١) سقط من أ .

والثانى : أنَّهُ يُقسَّم بينهم على قسمة أهل الشرك جُملةً ، كانوا أهل كتاب أو غيرهم ، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى « العُتبيَّة » : فى المجوس إن كانوا أهل ذمَّة ، وأسلم [أولادهُ] [1] قبل أن يُقسَّم الميراث ، حيثُ قال : « فإنَّهُ يُقسَّم على قسم الشرك » .

والثالث : التفصيل بين أهل الكتاب وغيرهم ، فأهل الكتاب يُقسَّمون على قسم النصارى إذا أسلموا ، والمجوس يُقسمون على قسم الإسلام إذا أسلموا ، وهو قول مالك فى المُدوَّنة وبهِ أخذ ابن القاسم .

وسبب الخلاف : اختلافهم فى تأويل قولهِ ﷺ : « **أيُّما دار قسِّمت فى الجاهلية ، فهى على قسم الجاهلية وأيما دارٍ أدركها الإسلام لم تُقسَّم ، فهى على قسمِ الإسلام** » .

فقال معناه : « فى غير الكتابيين ، وذلك مِن باب تخصيص العموم بالقياس ، لأنَّ أهل الكتاب [عندهم] [2] شريعة يتبعونها ، فوجب أن تُقسم مواريثهم على ما وجبت عليهِ عندهم يوم مات الميت ، وذلك لا يُسقطهُ إسلامهم ، والمجوس لا كتاب لهم ، ولا شريعة عندهم فيرجعُون إليها ويُحملون على مُقتضاها : فكان مِن ضرورتهم الرجوع إلى قسم الإسلام ، والعمل بمقتضاهُ .

ومن حَمَلَ الخبر على عمومهِ ، قال لا فرق بين أهل الكتاب ولا غيرهم، لقولهِ ﷺ : « **فهى على قسم الإسلام** » ، فهى منهُ جنوح إلى أن العموم لا يُخصَّص بالقياس .

ومَنْ رأى أنَّهم يُقسِّمون على قسم أهل الشرك ، كانوا أهل كتاب أو

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ .

غيـرهم ، يقول : « مـعنى الخبـر : « أن يكون عـلى قسمـة الإسلام » ، معناهُ: أن يتولاهُ المسلم مِن غير أن ينقلهم عن قسمة أهل الشرك ، وقد قال النـبى ﷺ : « **سنَّوا بهم سُنَّـة أهل الكتاب** » ، فكان ينبغـى مساواتهم فى الجميع ، [ق / ١٣٨ ع] .

والحمدُ للَّهِ وحدهُ .

وصلى الله على نبينا محمـد خيرة خلقهِ ، وعلى آله وأزواجهِ وذريتهِ ، وسلِّم تسليمًا كثيرًا وصلاةً دائمة .

تمَّ الكتاب بحمد اللهِ وعونه فى سابع عشرى ذى الحجة مِن سنة إحدى وثلاثين وسبعمائة .

كتبهُ بخطِّهِ لنفسهِ / عبد الله بن عمرو بن يُوسف الزواوى المالكى .

ثُمَّ لِمن شاء اللَّهُ بعدهُ ، والمسؤل مِن إحسان مَنْ نظر فى هذا الكتاب أن يدعو لكاتبهِ بالمغفرة .

وهذا آخر المجلد الأول .

ويتلوهُ فى أول المجلد الثانى « كتاب الصرف » .



فهرس الموضوعات

الموضوع | الصفحة

كتاب التخيير والتمليك

كتاب الظهار

كتاب الإيلاء

كتاب اللعان

كتاب العتق الأول

كتاب العتق الثانى

كتاب المدبر

كتاب المكاتب

كتاب أمهات الأولاد

كتاب الولاء والمواريث